

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
FACULTAT DE DRET  
BIBLIOTECA

Nº Registre 110.744  
DATA 18-04-94  
SIGNATURA BID. T 280

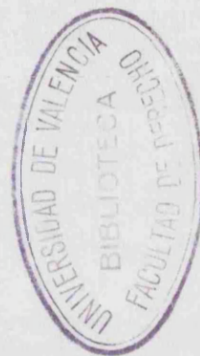
Nº LIBIS: 382633

Nº Dobr 382631



UNIVERSITAT DE VALENCIA

Facultat de Dret



**« EL MINISTERIO FISCAL Y SU ACTUACION  
EN EL PROCESO PENAL ABREVIADO »**

TESIS DOCTORAL

Presentada por: Carolina Sanchis Crespo

Dirigida por: Dr. D. Juan Montero Aroca,

Catedrático de Derecho Procesal

Valencia, marzo 1994.

UMI Number: U607220

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607220

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346





*A quienes han hecho posible  
este trabajo: a mis compañeros, a mi  
familia y en especial a Paco y Daniel.*

---

## **INDICE SISTEMATICO**

## INDICE SISTEMATICO

	págs.
SIGLAS Y ABREVIATURAS .....	15
 <u>PARTE PRIMERA: INTRODUCCION</u>	
 CAPITULO I	
«CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y DERECHO COMPARADO»	
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES .....	20
II. EL MINISTERIO FISCAL EN ALEMANIA .....	24
1. Organización .....	24
2. Funciones .....	27
3. Principios .....	31
A) Unidad .....	31
B) Dependencia .....	32
C) Legalidad .....	36
D) Imparcialidad .....	36
4. Posición del MF en el proceso penal .....	38
III. EL MINISTERIO FISCAL EN ITALIA .....	42

1. Organización .....	42
2. Funciones .....	44
3. Principios .....	51
A) Unidad .....	51
B) Dependencia .....	53
C) Legalidad .....	56
D) Imparcialidad .....	57
4. Posición del MF en el proceso penal .....	58

## **PARTE SEGUNDA: ESTRUCTURA ORGANICA Y ENCUADRE INSTITUCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL**

### **CAPITULO II**

#### **« ORGANIZACION Y MIEMBROS DEL MF »**

I. ORGANIZACION .....	62
1. Fiscal General del Estado .....	62
A) Estatuto .....	62
B) Funciones .....	65
a) Relacionadas con su condición de jefe del Ministerio Fiscal .....	65
b) Derivadas de sus relaciones con los poderes públicos .....	70
2. Sus órganos de apoyo .....	72

A) El Consejo Fiscal .....	73
a) Composición .....	73
b) Competencias y funcionamiento .....	75
c) Relaciones con el FGE .....	79
B) La Junta de Fiscales de Sala .....	82
a) Composición .....	82
b) Competencias y funcionamiento .....	83
c) Relaciones con el FGE .....	86
C) Otros órganos de apoyo .....	88
a) La Inspección fiscal .....	88
b) La Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado .....	91
3. Las Fiscalías .....	92
A) Fiscal Jefe .....	94
B) Teniente Fiscal .....	96
C) Los Fiscales .....	97
D) Las Juntas de Fiscalía .....	100
<b>II. MIEMBROS .....</b>	<b>104</b>
1. Adquisición de la condición de fiscal .....	105
A) Requisitos .....	105
B) Juramento o promesa y toma de posesión .....	109
2. Disfrute de la condición de fiscal .....	111
A) Derechos .....	111
B) Deberes .....	112

C) Responsabilidad .....	117
a) Responsabilidad civil .....	118
a') Competencia .....	118
b') Proceso .....	119
c') Legitimación .....	120
d') Requisitos de admisibilidad .....	120
b) Responsabilidad penal .....	120
a') Competencia .....	121
b') Proceso .....	122
c') Legitimación .....	123
d') Requisitos de admisibilidad .....	123
c) Responsabilidad civil del Estado por la actuación del MF .....	124
a') Vía administrativa .....	127
b') Vía judicial .....	129
3. Pérdida de la condición de fiscal .....	131
A) Renuncia .....	132
B) Pérdida de la nacionalidad española .....	134
C) Sanción disciplinaria de separación del servicio .....	134
D) Pena principal o accesoria de inhabilitación para cargos públicos .....	135
E) Haber incurrido en alguna de las causas de incapacidad .....	136

F) La jubilación .....	138
4. Situación de los fiscales no profesionales .....	140

### **CAPITULO III**

#### **« PRINCIPIOS RECTORES Y ENCUADRE INSTITUCIONAL »**

I. PRINCIPIOS RECTORES .....	149
1. Unidad de actuación y dependencia jerárquica .....	149
2. Legalidad e imparcialidad .....	152
II. ENCUADRE INSTITUCIONAL .....	156
1. En la doctrina española contemporánea .....	156
A) Tesis judicialista .....	156
B) Tesis gubernativa .....	161
C) Posiciones intermedias .....	168
2. Condición político-administrativa del Ministerio fiscal ....	171
A) Función jurisdiccional y función del MF .....	172
B) Estatuto jurídico judicial y estatuto del MF .....	176
1. Requisitos de actuación .....	176
2. Requisitos-garantía .....	181
3. Conclusión .....	188



**PARTE TERCERA: ACTUACION DEL MINISTERIO FISCAL**  
**EN EL PROCESO PENAL ABREVIADO**

**CAPITULO CUARTO**

**« EL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR »**

<b>I. EL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR DEL MINISTERIO FISCAL .....</b>	<b>200</b>
1. Introducción .....	200
A) Tendencias doctrinales y plasmaciones legales de derecho comparado .....	201
B) Derecho positivo español .....	209
C) Lo que pudo haber sido el procedimiento preliminar fiscal .....	213
2. Actos de iniciación .....	218
A) De oficio .....	218
B) A instancia de parte .....	219
a) La denuncia .....	219
b) El atestado .....	221
3. Actos de investigación .....	223
A) Su diferencia con respecto a los actos de prueba .....	223
B) Actos de investigación realizados por el MF o practicados bajo su dirección: especial referencia a la entrada y registro en lugar cerrado .....	228

a) Consentimiento del titular .....	236
b) Resolución judicial .....	238
c) Los supuestos del art. 55 I y II CE .....	238
d) El caso de flagrante delito: art. 21.2 LO 1/1992 de Protección de la seguridad ciudadana y STC 341/1993, de 18 de noviembre. ....	238
C) Actuaciones de la policía judicial .....	248
a) Eficacia jurídico-formal de las investigaciones .....	248
b) Actos de investigación .....	251
c) Dependencia funcional del MF .....	253
4. Medidas auxiliares de la investigación .....	255
A) Medidas personales: La detención .....	255
a) Concepto y naturaleza jurídica .....	255
b) Régimen legal .....	258
a') Supuestos, plazos y forma .....	258
b') Protección penal .....	269
c') "Habeas corpus" .....	272
B) Medidas reales provisionalísimas .....	281
5. La terminación del procedimiento preliminar fiscal .....	283

## II. LAS FACULTADES DEL MINISTERIO FISCAL EN LAS

<b>DILIGENCIAS PREVIAS</b> .....	290
1. La constitución del fiscal en el procedimiento .....	291
2. Velar por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito. ....	293
3. Impulsar y simplificar la tramitación del procedimiento .....	296
4. Utilizar los recursos que se estimen procedentes .....	301
5. Referencia al proceso abreviadísimo. ....	304

## **CAPITULO QUINTO**

### **« EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR FISCAL, EN ESPECIAL LAS CONFORMIDADES »**

<b>I. INTRODUCCION</b> .....	310
1. Petición y práctica de diligencias complementarias .....	311
2. Petición de sobreseimiento .....	318
3. Petición de apertura del juicio oral y formulación del escrito de acusación .....	324
<b>II. PRINCIPIOS PROCESALES PENALES Y SUS CONSECUENCIAS</b> .....	332
1. Necesidad - Oficialidad - Legalidad .....	332
2. Necesidad - Oficialidad - ¿Oportunidad? .....	335

### **III. CLASES DE CONFORMIDAD en la LEY ORGANICA**

**7/1988, de 28 de diciembre y en la LEY 10/1992, de 30 de abril. . . 343**

- 1. Con carácter previo: la vigencia de las conformidades del  
proceso ordinario. . . . . 343**
- 2. El reconocimiento de hechos del art. 789.5.5ª . . . . . 346**
  - A) Regulación legal y concepto . . . . . 346**
  - B) Requisitos . . . . . 353**
    - a) Límites de la penalidad . . . . . 354**
    - b) Solicitud conjunta MF-imputado . . . . . 354**
    - c) El carácter facultativo o necesario  
de la remisión de las actuaciones . . . . . 356**
    - d) Forma, lugar y tiempo . . . . . 359**
  - C) Efectos . . . . . 360**
  - D) El papel del MF en el reconocimiento de  
hechos . . . . . 365**
- 3. La conformidad de los arts. 791.3 y 793.3 LECrim. . . . . 367**
  - A) Regulación legal y concepto . . . . . 367**
  - B) Requisitos . . . . . 371**
    - a) Límites de la penalidad . . . . . 371**
    - b) Forma, lugar y tiempo . . . . . 376**
  - C) Efectos . . . . . 378**
    - a) Condenar a la misma pena . . . . . 382**
    - b) Condenar a pena inferior o  
absolver . . . . . 385**

c) Condenar a pena superior .....	388
D) El papel del MF en la conformidad .....	391
4. La responsabilidad civil .....	397

## **PARTE CUARTA: CONSIDERACION FINAL Y CONCLUSIONES**

I. VALORACION CRITICA DE LA POSICION DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL ABREVIADO .	404
--	-----

II. CONCLUSIONES .....	411
------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA .....	418 <sub>e</sub>
--------------------	------------------

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

<b>AN</b>	Audiencia Nacional
<b>AP</b>	Audiencia Provincial (y su plural)
<b>BBG</b>	Bundesbeamtengesetz (Ley Federal de Funcionarios Federales)
<b>BIMJ</b>	Boletín Internacional del Ministerio de Justicia
<b>BRRG</b>	Beamtenrechtsrahmengesetz (Ley marco de Funcionarios Jurídicos)
<b>CA</b>	Comunidad Autónoma (y su plural)
<b>CC</b>	Código civil
<b>CEJ</b>	Centro de Estudios Judiciales
<b>CF</b>	Consejo Fiscal
<b>CGPJ</b>	Consejo General del Poder Judicial
<b>CI</b>	Constitución italiana
<b>CP</b>	Código Penal
<b>c.p.p.</b>	Codice di procedura penale
<b>DA</b>	Disposición Adicional
<b>DF</b>	Disposición Final
<b>DL</b>	Decreto Ley
<b>DNA</b>	Direzione Nazionale Antimafia
<b>DRG</b>	Deutsche Richter Gesetz (Ley de los Jueces Alemanes)
<b>DT</b>	Disposición Transitoria
<b>EACV</b>	Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana
<b>EGGVG</b>	Einführungsgesetz zur Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Introducción a la Ley Orgánica de los Tribunales)
<b>EOMF</b>	Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto

Orgánico del Ministerio Fiscal

<b>FD</b>	Fundamento de derecho
<b>FGE</b>	Fiscal o Fiscalía General del Estado
<b>FGF</b>	Fiscal General Federal
<b>FJ</b>	Fundamento jurídico
<b>FJM</b>	Fiscalía Jurídico Militar
<b>GG</b>	Grundgesetz (Ley Fundamental de Bonn)
<b>GVG</b>	Gerichtsverfassungsgesetz (Ley Orgánica de los Tribunales)
<b>LMRFP</b>	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública
<b>LFCE</b>	Decreto 315/64, de 7 de febrero, que aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado
<b>LJCA</b>	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, de 27 de diciembre de 1956
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOFCS</b>	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
<b>LOHC</b>	Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus
<b>LOPSC</b>	Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana
<b>LOTG</b>	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
<b>LOTCu</b>	Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas
<b>LRJAP-PAC</b>	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo común.
<b>MF</b>	Ministerio Fiscal



<b>NEJS</b>	Nueva Enciclopedia Jurídica Seix
<b>OG</b>	Ordinamento giudiziario
<b>PJ</b>	Revista Poder Judicial
<b>PM</b>	Pubblico Ministero
<b>PNA</b>	Procuratore Nazionale Antimafia
<b>RA</b>	Referencia de Aranzadi
<b>RAE</b>	Real Academia de la Lengua Española
<b>RCEJ</b>	RD 1924/1986, de 29 de agosto, que aprueba el Reglamento del Centro de Estudios Judiciales
<b>RD</b>	Real Decreto (y su plural)
<b>RDP</b>	Revista de Derecho Procesal
<b>RDPI</b>	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana
<b>RDPIFilip</b>	Revista de Derecho Procesal. Publicación iberoamericana y filipina
<b>RGLJ</b>	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
<b>RMF</b>	Decreto 437/1969, de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal
<b>RRICF</b>	Acuerdo de 20 de septiembre de 1983 que aprueba el Reglamento de Régimen Interno del Consejo Fiscal
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>StGB</b>	Strafgesetzbuch (Código penal)
<b>StPO</b>	Strafprozessordnung (Ley procesal penal)
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia (y su plural)

## « PARTE PRIMERA: INTRODUCCION »

## **CAPITULO PRIMERO**

### **« CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y DERECHO COMPARADO »**

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Al iniciar una investigación sobre la figura del MF lo que se revela primeramente es su extremado carácter ambigüo. En palabras de MARCHENA : "no es tarea fácil la aproximación dogmática a una figura transida de una sustancial ambigüedad y sobre la que han incidido los más dispares criterios de caracterización, fluctuando éstos entre quienes reputan al MF una pieza angular del Estado de Derecho, absolutamente indispensable para la adecuada y correcta administración de Justicia, e incluso, para asegurar la independencia de los jueces y tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional y aquellos otros que estiman que su presencia y protagonismo en los distintos órdenes en que tiene cabida, obedece a una rémora histórica, siempre permanente, que persigue el control del poder Ejecutivo sobre el Judicial...".

La indefinición del MF posee múltiples manifestaciones. Para empezar está la relativa a su denominación, justamente criticada por recordar en exceso la función primitiva del órgano como abogado del Fisco, en la actualidad superada<sup>1</sup>. No existen, sin embargo, denominaciones alternativas adecuadas. La expresión "Ministerio Público", utilizada por las legislaciones italiana y francesa es igualmente inexpresiva. Lo mismo sucede con la de "Promotor de Justicia", por lo demás sin suficiente raigambre en nuestro ordenamiento para ser utilizada. Con todos los inconvenientes que presenta es mejor conservar

---

<sup>1</sup> MARCHENA GOMEZ, M., en El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro, Madrid, 1992, pág. 17 : "minister -funcionario de elevada categoría- y fiscus -cestilla de mimbre donde se recogían y guardaban las monedas recaudadas por el pago de los impuestos".

el nombre de Ministerio Fiscal en aras a su tradición<sup>2</sup>.

Contribuyen a acentuar la imprecisión de la figura el carácter artificial de su nacimiento, así como la sucesiva atribución de funciones de las que ha sido objeto a lo largo de la historia<sup>3</sup>. Como máximo exponente de su carácter proteiforme se alza el art. 124 de nuestra Constitución que revela sin ambages la desmesurada amplitud de su cometido: "...promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social". Los quince puntos del art. 3 del Estatuto del Ministerio Fiscal desarrollan el enunciado constitucional. El incremento cualitativo de la actuación del MF en el marco del proceso penal (operado por la LO 7/1988, de 28 de diciembre y la LO 10/1992, de 30 de abril), ha acentuado nuevamente la crónica indefinición del MF. Las nuevas funciones que el MF desempeña en el proceso penal abreviado son su papel como investigador preprocesal y su actividad como agente negociador en la conformidad. En el capítulo cuarto de esta obra se pondrá de manifiesto como el incremento cualitativo de las funciones del MF pudo ser más acusado, en lo que parecía un claro intento del legislador de acercar nuestro modelo de MF al de países cuyo sistema

---

<sup>2</sup> SERRA DOMINGUEZ, M., en El Ministerio Fiscal, RDPI, 1979, núms. 3-4, pág. 613.

<sup>3</sup> En este sentido dice SERRA, ob. cit. nota anterior, pág. 611, que el MF no ha aparecido en forma natural en la realidad jurídica, sino que se ha formado con el transcurso de los siglos asumiendo un gran número de funciones que se han ido depurando y a propio tiempo acrecentando, hasta el punto de resultar muy difícil estudiar la institución fuera de unos límites temporales e históricos determinados.

jurídico es semejante al español<sup>4</sup>.

Así pues, delimitamos el objeto de nuestro estudio en dos bloques principales: la institución desde un punto de vista orgánico y de encuadre institucional y su actuación en el proceso penal.

En orden a valorar seriamente la conveniencia de esos cambios en las funciones del MF-de los que ya tenemos y de los que se preparan- se hace necesario saber en primer lugar cómo se organiza y funciona el MF en los países que nuestro legislador toma como modelos y cuál es la posición que ostenta en el proceso penal. Y en segundo lugar examinar la condición político-administrativa del MF en España, es decir, incardinarlo en el poder del Estado que le corresponda<sup>5</sup>, pues, desde ese conocimiento nos hallaremos en disposición de juzgar si puede asumir su nueva posición en el proceso penal con garantías suficientes para la sociedad.

La cuestión tiene un especial interés si se tiene en cuenta que aunque el MF actúa en otras parcelas del ordenamiento jurídico, la del derecho penal es la más delicada pues se caracteriza por prever las sanciones más graves: las penas y las medidas de seguridad. Se trata de una forma de control social lo suficientemente importante como para que desde la Revolución francesa se considere necesario delimitarlo con la

---

<sup>4</sup> La investigación fiscal es un hecho consumado en Alemania desde 1975 y en Italia desde 1988. Asimismo el papel del MF en la conformidad es destacado tanto en un país como en otro.

<sup>5</sup> Encuadre no exento de dificultades. No en vano se ha dicho del MF que "no encajaba en ninguno de los tres poderes, y su extravagancia venía a romper el tópico y sosegado planteamiento (...) de esa famosa división de poderes como fundamento de la democracia formal decimonónica". Así pues la "extravagancia institucional (del MF), felizmente, no hay quien la remedie ni hay quien la entienda...". DOLZ LAGO, M.J., De las ambivalentes incertidumbres del movimiento progresista de fiscales (una reflexión sindical), Comunicación al VII Congreso de la Unión Progresista de Fiscales, Segovia 12-13 junio 1992, págs. 23 y 29.

máxima claridad posible como garantía del ciudadano<sup>6</sup>.

Así, la sensibilidad del tejido procesal penal en un Estado de Derecho determina que cualquier injerencia en él deba ser fruto de un estudio meditado y de un análisis realista de su resonancia en los principios procesales que vertebran el sistema procesal penal en el que las reformas deseen implantarse.

Comenzábamos estas consideraciones refiriéndonos a la ambigüedad del MF. Sin pretender esclarecer todos los puntos oscuros que se detectan en torno a la organización, al encuadre institucional y a la actuación del MF en el proceso penal abreviado, lo que sí intentaremos a lo largo de esta tesis es poner un poco de luz y orden en la figura del MF, alentados por las palabras de CARNELUTTI: "c'è ancora troppa confusione nella scienza del processo penale, (...) perché il pubblico ministero abbia potuto trovare il suo posto. Alla sua ambiguità corrisponde, nella trattazione scientifica, uno squilibrio del quale bisogna pure accorgersi e al quale bisogna metter fine"<sup>7</sup>.

Esperamos conseguirlo.

---

<sup>6</sup> MIR PUIG, S., en Derecho Penal..., pág. XXXVI.

<sup>7</sup> CARNELUTTI, F., en Mettere il Pubblico Ministero al suo posto, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1953, I, pág. 260.

## II. EL MINISTERIO FISCAL EN ALEMANIA

### 1. Organización

El título décimo de la "Gerichtsverfassungsgesetz" (Ley Orgánica de los Tribunales) regula la organización y el funcionamiento interno del MF, si bien lo hace sólo de modo programático. El desarrollo de esos preceptos se ha llevado a cabo mediante leyes de los respectivos "Länder"<sup>8</sup>. Por otro lado la "Deutsches Richtergesetz" (Ley de los Jueces alemana), exige para ser fiscal las mismas condiciones que para ser juez.

Según el §141 GVG<sup>9</sup> debe existir una fiscalía ante cada tribunal. Y según el §142 el cargo de la fiscalía se ejercerá;

1. En el Tribunal Supremo Federal, por un Fiscal General Federal y por uno o varios Fiscales Federales;
2. En los Tribunales Superiores del "Land" y Tribunales del "Land", por uno o varios Fiscales;
3. En los "Amtgerichte", por uno o varios Fiscales o Fiscales legos del Amtsgericht<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Véase en este sentido, por ejemplo, la Bay.AGGVG (Ley bávara para la realización de la Ley Orgánica de los Tribunales y de las Leyes procesales de la Federación).

<sup>9</sup> La traducción de la GVG es de GOMEZ COLOMER, J.L., en El Proceso penal alemán., págs. 480 a 484.

<sup>10</sup> Los "Amtgerichte" ocupan la escala inferior de la jerarquía judicial alemana y están formados en lo penal, a su vez, por dos órganos jurisdiccionales distintos: el juez de lo penal y el tribunal de escabinos. Los Tribunales del Land ocupan la escala jerárquica inmediatamente superior, estando formados en lo penal por cuatro grupos distintos de órganos jurisdiccionales, todos ellos colegiados: la Pequeña Sala de lo Penal, la gran Sala de lo Penal, el tribunal del Jurado y las Salas de lo Penal con competencia objetiva específica. Los Tribunales Superiores del Land son los tribunales que ocupan el escalón inmediatamente más alto que los Tribunales del Land. Son órganos colegiados formados a su vez por dos Salas: la Sala de lo Penal para Casaciones y Quejas y la Sala de lo Penal de primera instancia. Finalmente el Tribunal Supremo Federal es el órgano superior de la escala jerárquica jurisdiccional



La competencia de los Fiscales legos del "Amtgericht" no se extenderá al procedimiento ante el juez del "Amtsgericht" para la preparación de la acción pública en las causas penales, que pertenezcan a la competencia de otros Tribunales distintos de los "Amtsgerichte".

Podrá delegarse la realización de las funciones de un fiscal lego del "Amtsgericht", y, en casos particulares, la realización de las funciones de un fiscal, bajo su vigilancia, a los "Referendare"<sup>11</sup>.

El §142a determina la competencia del Fiscal General Federal y posibilita la asunción por él de la persecución penal en ciertos delitos especialmente graves.

La competencia territorial de los funcionarios de la Fiscalía es coincidente con la competencia territorial del Tribunal ante el que han sido nombrados (§143 GVG). Sin embargo en los casos de peligro en la demora, un funcionario incompetente puede hacerse cargo de los actos a realizar dentro de su demarcación. En caso de desacuerdo entre funcionarios de la Fiscalía de distintos "Länder" sobre quien de ellos tiene que aceptar la persecución, decidirá el funcionario superior jerárquico común; en otro caso el Fiscal General Federal. Podrá asignarse a los funcionarios de la Fiscalía, para los partidos judiciales de varios Tribunales del "Land" o Tribunales Superiores del "Land", la competencia de perseguir determinadas clases de causas penales, la ejecución penal de dichas causas, así como la cumplimentación de peticiones de auxilio judicial de Oficinas fuera de la República Federal de Alemania, en tanto que ello fuera conveniente para una realización

---

penal alemana. La anotación es de GOMEZ COLOMER, J.L., en El proceso penal alemán..., págs. 56 y 57.

<sup>11</sup> Se trata de personas que han superado el primer examen estatal para la licenciatura jurídica.

adecuada o más rápida resolución de los procedimientos, en estos casos se extenderá la competencia territorial de los funcionarios de la Fiscalía respecto a las causas a ellos asignadas, a todos los Tribunales de los partidos judiciales para los que esas causas les hubieran sido asignadas (&143 GVG). Como pone de manifiesto TIEDEMANN<sup>12</sup> "ciertamente, la competencia de la fiscalía no es ningún presupuesto procesal, de manera que también podría formular la acusación eficazmente una Fiscalía incompetente".

Por último, la criminalidad económica exige especiales medidas de organización. Mientras que antes la policía y la justicia penal por falta de conocimientos suficientes del sector económico empresarial se encontraban sin ayuda ante la delincuencia de "guante blanco" que ocasionaba, con sus sofisticados métodos, relevantes perjuicios debido a la cantidad de millones que se perdían, en la actualidad, las autoridades para la persecución penal, a través de las medidas mencionadas controlan también estas formas delictuales. Fiscales y funcionarios de policía son instruidos individualmente para la persecución de la criminalidad económica. En las Fiscalías de los Tribunales del "Land" existen departamentos específicos que se encargan del tratamiento de los asuntos penales económicos. Los procesos penales económicos especialmente difíciles y voluminosos se asignan (por orden del Fiscal General Federal conforme al &145 GVG) a determinadas Fiscalías claves. Los expertos (sociólogos, economistas, contables) asesoran al fiscal investigador<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> TIEDEMANN K., en Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, (con ROXIN y ARZT), pág. 178.

<sup>13</sup> ROXIN, C., Die Staatsanwaltschaft und ihre Gehilfe, en "Strafverfahrensrecht", Munich, 1991, pág. 46.

## 2. Funciones

El MF alemán lleva a cabo las siguientes tareas en el seno del proceso penal:

a) Tramita las solicitudes penales que se le presenten e investiga las denuncias que se pongan en su conocimiento (§158 StPO).

b) Realiza y dirige las actividades propias del procedimiento preliminar (§§160 y ss StPO).

Antes de la reforma de 1974 el encargado de la instrucción era el juez ("Untersuchungsrichter"). En la actualidad el director de la investigación preprocesal es el MF. Junto a él existe el llamado "Ermittlungsrichter", que no debe identificarse como juez instructor. Como se ha dicho<sup>14</sup> se trata de una figura imparcial que interviene sólo y únicamente para hacer posible, cuando concurren las condiciones necesarias, la adopción de medidas cautelares y/o instructorias constitucionalmente reservadas a la autoridad judicial. El "Ermittlungsrichter" entra en escena sólo a petición del MF. La rigidez de este principio dialéctico en virtud del cual, la intervención en la esfera del ciudadano constituye un estricto monopolio jurisdiccional, cede sólo cuando hay necesidad de intervenciones urgentes; en tales casos el juez actúa de oficio, como un MF "de emergencia" ("Notstaatsanwalt": §165 StPO).

Como consecuencia de esta función de dirigir el procedimiento preliminar el MF puede, entre otras cosas:

a') Realizar la inspección ocular del cadáver y estar presente

---

<sup>14</sup> VALENTINI REUTER, C., en El Ministerio Público: Organización y funcionamiento. Repubblica Federale di Germania, Seminario "Justicia y Sociedad" celebrado en México los días 6, 7 y 8 de septiembre de 1993.

durante la autopsia (§87, aps.1 y 2 StPO)

En caso de riesgo para el éxito de la investigación el MF puede:

b') ordenar la investigación corporal del inculpado para la constatación de los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esta finalidad serán admisibles extracciones de sangre y otras injerencias corporales (§81a StPO)

c') ordenar la autopsia y exhumación del cadáver sepultado (§87 IV StPO)

d') acordar el secuestro, si bien dejará de tener validez si en el plazo de tres días no es aprobado por el juez (§100 I y II StPO)

e') acordar, sometido a la misma condición de validez del supuesto anterior, el control y grabación de las comunicaciones (§100 b StPO)

f') acordar un registro de vivienda, oficina, edificio público o posesión vallada (§105 I StPO)

g') exigir fianza al sospechoso que no tuviera domicilio fijo o residencia en la República Federal de Alemania cuando no se cumplan los presupuestos de una orden de prisión (§132, aps.1 y 2 StPO)

h') organizar puestos de control en calles y plazas públicas y en otros lugares públicos accesibles (§111 II StPO).

i') detener provisionalmente al sospechoso de un hecho punible para la constatación de su identidad (§163b StPO)

c) Toma la decisión sobre si ejerce la acción pública o si archiva el proceso (§170 StPO)

Según el §152 StPO la Fiscalía es el órgano competente para el ejercicio de la acción pública. Sin embargo el principio de oportunidad tiene generosa cabida en el proceso penal alemán, de modo que, aunque el Fiscal esté obligado a investigar frente a una sospecha inicial cuando se den los presupuestos de la acusación puede, en determinados supuestos, prescindir de ella.

Las posibilidades de un sobreseimiento, no por falta sino a pesar de una sospecha suficiente, han sido ampliadas muy considerablemente en la RFA y corresponden a una variedad de criterios<sup>15</sup>:

a') Algunos pueden explicarse por la ausencia de un interés suficiente en una persecución penal alemana.

Tal interés puede faltar en el caso de un delito menor (que lleve aparejada pena privativa de libertad de menos de un año) (§153 StPO). O poca importancia del delito al lado de una condena mayor por otros delitos (§§154 y 154a StPO). También cuando el CP concede al Tribunal la facultad de no imponer una pena (§153b StPO), y también si el hecho ha sido cometido en el extranjero (§153c StPO).

b') Otro criterio es la satisfacción de los intereses de persecución por otras vías.

Un sobreseimiento condicional combinado con mandatos como reparar daños, fomentar la beneficencia pública por trabajo personal o donación de dinero, que se convertirá en sobreseimiento provisional, si se realiza la condición dentro del plazo concedido (§153a StPO)

c') El sobreseimiento puede darse también por la prevalencia de otros intereses del Estado.

---

<sup>15</sup> En este punto seguimos a SHÖNE, W., en Líneas generales del proceso penal alemán..., págs. 700 y 701.

Por ejemplo por evitar daños para el bien común inherentes a la continuación de un proceso por ciertos delitos políticos (&153d StPO)

d') También cabe mencionar la posibilidad de satisfacer el interés de persecución por acción privada del ofendido.

**d) Acusa en la vista principal (&243 III StPO)**

En el proceso penal alemán el derecho de acusar es monopolio del MF. A diferencia del derecho español no existe en el alemán una acción popular. La acción privada solamente es admisible en determinados delitos leves. Sólo en esos casos no será necesario acudir previamente a la Fiscalía (&374 StPO).

**e) Interpone los recursos pertinentes (&296 y 301 StPO)**

**f) Es la autoridad en la ejecución (&451 I StPO)**

Refiriéndose a esta función dice TIEDEMANN<sup>16</sup> que comprende todas las medidas que se dirigen al cumplimiento de un fallo penal con efectos de cosa juzgada. A ello pertenece la ejecución de una pena pecuniaria, al igual que la iniciación de la ejecución de penas privativas de libertad y medidas de corrección y de seguridad privativas de libertad. Distinto de ello es la ejecución propia del sistema penitenciario (ejecución de pena privativa de libertad), que incumbe a la Administración de Justicia del "Land".

**g) Interviene, de acuerdo con la legislación individual de cada "Land", en los actos de gracia.**

---

<sup>16</sup> En Introducción al Derecho Penal..., pág. 180.

La Fiscalía se encarga de la preparación de los casos de indulto e interviene en la decisión de los mismos<sup>17</sup>.

### 3. Principios

Los principios que informan y rigen la actuación del MF alemán pueden fácilmente ser reconducidos a los españoles unidad, dependencia, legalidad e imparcialidad. De hecho, incluso la supuesta contradicción tradicionalmente denunciada en España entre el principio de dependencia y el de legalidad, se reproduce en el país vecino<sup>18</sup>.

#### A) Unidad

El principio orgánico de unidad viene reflejado en el §144 GVG según el cual, si la Fiscalía de un Tribunal estuviera compuesta por varios funcionarios, las personas designadas ante el primer funcionario serán tratadas como personas sustitutas del mismo; estarán autorizados, cuando actúen por él, a desempeñar su cargo sin necesidad de justificar un encargo especial.

El MF alemán es único para toda la República Federal. No obstante, su unidad debe ser entendida atendiendo a las peculiaridades de la organización política del país que determina la superposición de dos estructuras: la federal y la del "Land". De cualquier modo, en caso de conflicto o cuando el asunto sea de especial importancia, la decisión corresponde siempre al Fiscal General Federal (§143 III y §74a, II

---

<sup>17</sup> ROXIN, C., Die Staatsanwaltschaft und..., pág. 47.

<sup>18</sup> LÖWE-ROSENBERG, redactores SCHÄFER y BOLL (§§141-168 GVG) en Strafprozessordnung; §§115-168 GVG, Grosskommentar, Berlín-Nueva York, 1993, pág. 106.

GVG, respectivamente).

## **B) Dependencia**

La dependencia del MF alemán se manifiesta, como en el caso español, en un doble sentido. Por un lado se trata de dependencia interna porque el MF se organiza de forma jerárquica estando los subordinados obligados a cumplir las órdenes que reciban, por otro lado existe también dependencia externa del poder ejecutivo.

### **a) Dependencia interna**

La dependencia interna del MF alemán se condensa en el llamado "internes Weisungsrecht" o poder interno de orden y dirección cuyos titulares son los superiores jerárquicos dentro de cada Fiscalía, y entre los jefes de las distintas Fiscalías el superior jerárquico común. Este poder funciona mediante un doble mecanismo: el "Substitution- und Devolutionsrecht" (Derecho de sustitución y derecho de devolución. &145 GVG). Mediante el primero el fiscal jefe puede sustituir, para un caso concreto, al fiscal que en principio fuese competente, por otro. Mediante el segundo el fiscal jefe puede llamar para sí el asunto que considere conveniente.

Este poder jerárquico ("internes Weisungsrechts") es consecuencia lógica, como no siempre se tiene cuidado de subrayar, de la organización jerárquica existente en el interior del MF; sería, en efecto, notablemente contradictorio atribuir al superior el derecho de avocar para sí los casos en particular, o bien sustraerlos a un representante del MF para confiarlos a otro de su elección, y después no dotarlo de



podere de ordenación y de dirección<sup>19</sup>.

La sujeción a las órdenes la refleja el §146 GVG al decir que los funcionarios de la Fiscalía acatarán las órdenes de su superior que se refieran al servicio.

El concepto de "superior" resulta del §147 en relación con el §144 GVG y por "instrucción referida al servicio" hay que entender no sólo las disposiciones generales (en especial las directrices para el proceso penal y de imposición de multas) sino también las disposiciones que se refieran al tratamiento de asuntos en particular. Esta prescripción es válida, especialmente, para la interposición y desistimiento de recursos.

La obligación de acatamiento, por esta dependencia interna de la que hablamos, del fiscal que recibe una orden genera una problemática que nos resume LÖWE-ROSENBERG. En su opinión para el fiscal, como funcionario que es, rigen en primer lugar las normas generales de derecho de los funcionarios (§56 II BBG y 38 BRRG) referentes a la obligación de acatar instrucciones referidas a su servicio. Según ello el funcionario, en caso de duda sobre la legitimidad de la orden, tiene la posibilidad de acudir al superior inmediato y al de rango inmediatamente superior. Si no comparten esta duda el funcionario ha de ejecutar la indicación, a no ser que la acción encomendada sea ilícita o bien lesione la dignidad humana. Según esto la instrucción es no vinculante cuando la acción encomendada sea punible objetivamente. La sola convicción del funcionario de incurrir en delito en caso de seguir las instrucciones

---

<sup>19</sup> VALENTINI REUTER, C., El Ministerio Público: Organización y funcionamiento..., pág.4.

no es suficiente para liberarle de la obligación de acatamiento<sup>20</sup>. Así pues, si el fiscal está convencido de la ilegalidad de las instrucciones y sus superiores no comparten esta opinión sólo tiene dos alternativas: obedece o desobedece. En el primer caso si la orden era legal no sucederá nada, mientras que si se pone de manifiesto su ilegalidad tendrá que responder penalmente. En el segundo caso si la orden era efectivamente ilegal habrá actuado correctamente, en caso contrario deberá responder en un procedimiento disciplinario.

Desde el punto de vista práctico, sin embargo, la solución será más sencilla<sup>21</sup>. Cuando un subordinado declare estar convencido de la ilegalidad de una instrucción y su superior no comparta esta postura, si se trata de un superior inteligente actuará según el §145 encomendando a otro fiscal la ejecución de la orden, a alguien que no cuestione la legitimidad de la misma.

#### b) Dependencia externa

Dos son las notas que evidencian la dependencia externa del MF alemán: el sistema de nombramiento y cese del Fiscal General Federal y de los Fiscales Federales y la titularidad gubernamental del derecho de inspección y dirección.

Con respecto a la primera de las cuestiones el §149 StPO nos indica que el FGF y los Fiscales Federales serán nombrados por el Presidente Federal, a propuesta del Ministro Federal de Justicia que requerirá la aprobación del "Bundesrat". Comparando ese modo de elección con el del FGE español (arts. 124.4 CE y 29.1 EOMF) se

---

<sup>20</sup> LÖWE-ROSENBERG, Strafprozessordnung..., pág. 145.

<sup>21</sup> Ob. y lug. cit. nota anterior.

observa una mayor democratización del alemán puesto que el nombramiento de este último requiere la aprobación del "Bundesrat", órgano de representación popular elegido democráticamente. Sin embargo, la designación sigue siendo política. En cuanto al cese del Fiscal General Federal el § 36 I n° 5 de la "Bundesbeamtengesetz" (Ley Federal de funcionarios) dice que el Presidente Federal podrá, en cualquier momento, cesar al Fiscal General Federal.

En relación a la segunda nota y según el § 147 el derecho de inspección y de dirección corresponderá al Ministro Federal de Justicia, respecto al Fiscal General Federal y a los Fiscales Federales y a la Administración de Justicia del Land, respecto a todos los funcionarios de la Fiscalía del Land respectivo. En este contexto se habla en Alemania del "externes Weisungsrecht" o poder externo de ordenación y dirección ejercitable por la autoridad administrativa (Ministro federal de Justicia y Ministros federales de los "Länder"). Cuando el § 146 habla de "superior" deben entenderse comprendidos en esta expresión los titulares de los ministerios de Justicia. No obstante, las autoridades gubernativas no tienen, frente al MF, mayor derecho a dictar instrucciones que el que pueda tener el FGF frente al Ministerio Fiscal del Land o el titular de una Fiscalía frente al "personal adjunto" de la misma en el sentido del § 144 GVG. La Administración de Justicia está sometida, como nadie discute hoy en día, al principio de legalidad, en igual medida que el MF. La sujeción a las instrucciones significa que en caso de ser posible la diversidad de opiniones en cuestiones de discrecionalidad, duda o interpretación, prevalecerá la postura del superior jerárquico, es decir, la postura del Ministro de Justicia como jefe del MF. Pero cuando no pueda haber diversidad de opiniones, sino que la instrucción sea claramente contraria a derecho, será punible para quien la ordene

(&258a y 344 StGB) y no vinculante para quien la reciba<sup>22</sup>.

### C) Legalidad

El principio de legalidad opera en Alemania, con relación al MF, de modo distinto a como operaba en España antes de la LO/1988, ya que aunque éste está obligado, tan pronto tenga conocimiento de la sospecha de un hecho punible, a averiguar sus circunstancias, con el fin de tomar su resolución sobre si ha de ejercer la acción pública (&160), una vez comprobado que existen suficientes indicios fácticos, la decisión sobre ejercitar la acusación o archivar puede depender, como ya hemos apuntado, de consideraciones basadas en el criterio político de la oportunidad (asuntos de poca importancia, interés público superior, etc...).

De cualquier forma la fiscalía, dándose hechos punibles y no siendo aplicable ningún criterio de oportunidad, está obligada a la acusación, de modo que si no acusara sería reo del delito de encubrimiento en el cargo (&258a StGB).

### D) Imparcialidad

El Fiscal alemán no es parte. No tiene que reunir, de modo parcial, material de cargo contra el acusado, sino que "tiene también que averiguar las circunstancias que sirvan de exculpación (&160 II StPO); cualquier otra cosa sería incompatible con su obligación para con la verdad y la justicia; igualmente puede interponer recursos a favor del inculpado (&296 II) y tramitar la revisión con el objeto de obtener la

---

<sup>22</sup> Ob. cit. nota anterior, pág. 142.

absolución de la condena (§§ 365 y 301)<sup>23</sup>. Estas afirmaciones de ROXIN no nos parecen ajustadas a la realidad porque si bien es cierto que el MF no tiene un interés personal en el resultado del proceso, no lo es menos que debe tomar partido por una de las dos posiciones: o acusa o pide la absolución. Nosotros pensamos que en Alemania, como en Italia y en España, el MF es parte, solo que al ser una parte de creación artificial, no pueden encontrarse en ella idénticos rasgos que en una parte privada en la que concurre la característica de haber sido ofendida y/o dañada directamente por el delito.

Como consecuencia de la igual sujeción de los jueces y fiscales a la verdad y a la justicia debería ser posible también la recusación de estos últimos. Sin embargo los fiscales alemanes, al igual que los españoles, son irrecusables. Según parte de la doctrina el inculpado podría pedir a los superiores del fiscal el cambio de éste. Incluso existe legislación de algunos "Länder" al respecto, no obstante, la jurisprudencia ha negado que pueda pedirse el relevo de un fiscal. parcial basándose en los §§ 23 y ss. EGGVG. En opinión de ROXIN tras la reforma procesal penal la posición del MF ha experimentado un considerable reforzamiento, de modo que se ha hecho más urgente un aseguramiento legal de su objetividad a través de la posibilidad de recusarlo<sup>24</sup>.

Sí que es posible la abstención en cuyo caso se aplicará el § 145 aceptando el desempeño del cargo el fiscal jefe o bien otro funcionario distinto al competente en primer lugar.

---

<sup>23</sup> ROXIN, C., Die Staatsanwaltschaft und..., págs. 47 y 48.

<sup>24</sup> Ob. cit. nota anterior, págs. 49 y 50.

#### 4. Posición del MF en el proceso penal

La posición del MF en el proceso penal resulta de la conjunción entre la suma de funciones que se le atribuyen en tal proceso y su encuadre institucional.

Respecto a las funciones que se le atribuyen en el proceso penal ya hemos visto que son muchas e importantes (instrucción, acusación según el principio de oportunidad y con monopolio de la acción penal, ejecución). En lo relativo a su encuadre institucional y descartada la inserción del MF en el poder legislativo, la doctrina de aquel país se divide en tres posiciones.

En primer lugar existe una corriente que apoya la pertenencia del MF al poder judicial. El argumento básico utilizado es el siguiente: la actividad, tanto de los órganos juzgadores como de los investigadores, ha de estar informada por los mismos principios de objetividad, imparcialidad y justicia y debe estar dirigida al objetivo común de búsqueda de la verdad material. A esta igualdad entre jueces y fiscales, se opone fundamentalmente el dictado del art. 92 GG, según el cual, el poder judicial se encomienda sólo a los Jueces y Tribunales. Sin embargo los partidarios de esta postura argumentan que la no inclusión en la letra de la GG del MF no es más que un error de redacción. Así por ejemplo en este sentido explica KOHLHAAS, M.<sup>25</sup>, la omisión del MF, tanto en la GG como en la DRG, como consecuencia del exceso de trabajo y las preocupaciones del legislador. En su opinión, la no equiparación entre jueces y fiscales es negativa pues se conduce al MF hacia vías equivocadas como el terreno policial, olvidando que el MF

---

<sup>25</sup> En Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt, Neuwied am Rhein, 1963, págs.46-49.

alemán declara el sobreseimiento lo que equivale a pronunciar absoluciones anticipadas, pues de hecho, niega la existencia en el caso concreto del legal derecho de castigar del Estado.

La segunda corriente la forman aquellos autores que preconizan el carácter administrativo del MF y por lo tanto su encuadre en el poder ejecutivo. Como paradigma de esta postura tenemos a LÖWE-ROSENBERG que se refieren a la tarea del MF diciendo que consiste en representar la voluntad jurídica del Estado haciendo de mediador entre el ejecutivo y los Tribunales. Junto al juez independiente, un fiscal independiente de la misma naturaleza no poseería ningún ámbito de competencias delimitado y significativo<sup>26</sup>. Se concluye desde esta posición que el MF pertenece al poder ejecutivo por un lado porque no se encuentra entre la enumeración hecha por el art. 92 GG de sujetos titulares del poder judicial y por otro, por su organización rigurosamente jerárquica y subordinada a la autoridad administrativa en la figura del Ministro de Justicia<sup>27</sup>. En el nivel de la legalidad ordinaria la dicción del §148 GVG es terminante al decir que el FGF y los Fiscales Federales serán funcionarios, mientras que la no incardinación del MF en el poder judicial se desprende claramente del tenor literal de los párrafos 150 y 151 GVG. Según el primero de ellos la Fiscalía será independiente respecto a los Tribunales y según el segundo, los fiscales no podrán realizar asuntos judiciales.

Por último, no faltan voces autorizadas que colocan al MF en una

---

<sup>26</sup> LÖWE-ROSENBERG, en Strafprozessordnung..., pág. 139.

<sup>27</sup> VALENTINI REUTER, C., en El Ministerio Público: Organización y funcionamiento..., pág.5.

especie de vía media. Para estos autores<sup>28</sup> no es posible incardinar al MF en el poder judicial pues a ello se opondría no sólo el inequívoco dictado de la GG y su vinculación a las órdenes del superior, es decir, su falta de independencia, sino también la indiscutible realidad consistente en la carencia del valor de cosa juzgada en las decisiones fiscales. Sin embargo, desde la misma postura tampoco sería posible encuadrar a los fiscales en el poder ejecutivo porque su actividad aún sin ser jurisdiccional es jurídica puesto que está orientada en criterios de valor, como la verdad y la justicia, incompatibles con la finalidad de la Administración.

Vistas cuales son las posibilidades de encuadre del MF alemán en los poderes del Estado diremos que en nuestra opinión las posibilidades son sólo dos: o el MF pertenece al poder judicial o pertenece al ejecutivo. De la legislación alemana en este punto se desprende, creemos que meridianamente, la incardinación del MF en el poder ejecutivo: art. 92 GG y §§146-151 GVG, fundamentalmente.

La experiencia alemana en este modelo de MF ha sido positiva pues se ha imprimido una agilidad al proceso penal de la que anteriormente carecía y que en la actualidad resulta muy necesaria debido a la proliferación de la llamada "criminalidad de bagatela" y la consiguiente acumulación de asuntos en los Juzgados. No obstante, la valoración positiva que personalmente nos merece la posición del fiscal alemán deriva no tanto de esa posición en sí misma considerada, sino de dos factores fundamentales, a saber: el contexto socio-político en el que actúa el MF que no permite a los gobernantes alemanes hacer un uso

---

<sup>28</sup> Véase en este sentido ROXIN, C., Strafverfahrensrecht..., pág.47.



abusivo del "externes Weisungsrecht"<sup>29</sup> y los límites puestos al instituto de la conformidad (penas inferiores al año), que hacen que ese mecanismo se utilice solamente para la criminalidad menor.

---

<sup>29</sup> En este sentido MARCHENA GOMEZ, M., en El Ministerio Fiscal., pág. 58, dice que la omnipresencia del Fiscal alemán en el proceso penal, vista su dependencia gubernamental, sólo es entendible desde la más absoluta confianza jurídico-política en aquélla institución.

### III. EL MINISTERIO FISCAL EN ITALIA

#### 1. Organización

Como dice MARCHENA<sup>30</sup> la Constitución italiana de 1947, abrió las puertas a un diseño de organización judicial en que el Ministerio Público encuentra su acomodo institucional en el ámbito de la Magistratura. En tal sentido se pronuncia el art. 107.3 CI cuando apunta que "los magistrados se distinguen entre sí solamente por la diversidad de sus funciones". Ello determina que los funcionarios pertenecientes a la Magistratura puedan desempeñar, según el servicio al que se hallen adscritos, funciones promotoras y postulantes o cometidos propiamente decisorios.

A los miembros del "pubblico Ministero" italiano se les considera y se les llama Magistrados del MF ("magistrati del pubblico Ministero"), por lo cual no es de extrañar la pertenencia, por derecho propio, del "Procuratore generale" al "Consiglio superiore della magistratura" (art. 104.III CI).

El MF se organiza en Italia, según especifica el art. 70 OG, de la siguiente manera:

- El Procurador general realiza sus funciones en la Corte Suprema de Casación
- Los procuradores generales, en las Cortes de Apelación
- Los procuradores de la República en los tribunales ordinarios, en los tribunales de menores y en las preturas que tengan su sede en la cabeza de distrito de cada uno de los distritos de tribunales.

---

<sup>30</sup> MARCHENA GOMEZ, M., en El Ministerio Fiscal..., pág. 62.

Estos mismos miembros del MF realizan sus funciones en los juicios de "assise"<sup>31</sup>.

Los miembros del MF actúan también en jurisdicciones especiales cuales son: la Corte Constitucional, la Corte de Cuentas y los Tribunales militares.

En las fiscalías existe un jefe (Procurador general en la Corte Suprema de Casación, procurador general en las Cortes de Apelación o procuradores de la República en los lugares donde estos miembros del MF cumplen sus funciones). Eventualmente hay órganos específicamente configurados como sustitutos (Abogado general en la Corte de Casación o de Apelación; procurador adjunto). Junto a ellos hay un importante número de procuradores generales sustitutos y de procuradores sustitutos, entre los cuales la jerarquía prosigue con base en los tradicionales criterios de antigüedad y categoría de pertenencia. Las funciones auxiliares las desarrollan los secretarios y otros colaboradores sin competencias con relevancia externa<sup>32</sup>.

Ultimamente se ha creado una nueva figura en el esquema organizativo del MF italiano que ha suscitado viva polémica. Se trata del P.N.A. ("Procuratore Nazionale Antimafia"). La ley de 20 de enero de 1992, n.8, instituyó la "superprocura", es decir, la "Direzione Nazionale Antimafia" (D.N.A.) en cuya jefatura se sitúa el P.N.A., subordinado a

---

<sup>31</sup> Término judicial italiano sin traducción al español. Designa a tribunales de escabinos. Las "Corti di assise" son secciones especializadas encuadradas dentro de los tribunales ordinarios. Están compuestas por ocho personas: dos magistrados de carrera y seis jueces populares. Una detallada información al respecto puede consultarse en MONTERO AROCA, J., Las "Corti di assise" de Italia, en "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1981, págs. 129-143.

<sup>32</sup> PIZZORUSSO, A. en Formazione e funzionamento degli uffici del pubblico ministero, voz: Organi giudiziari, en "Enciclopedia del Diritto", Milán, 1988, XXXI, pág. 101.

la vigilancia formal del Procurador general que debe dar cuenta de los resultados obtenidos con ocasión de la ceremonia de apertura del año judicial. La razón de ser de estos nuevos órganos es la lucha legal contra la mafia y el éxito de los llamados "maxi-procesos".

## 2. Funciones

El OG distingue, al describir las funciones del PM, entre atribuciones generales (art. 73), atribuciones en materia penal (arts. 74 y 78) y atribuciones en materia civil y administrativa (art. 75).

El art. 74 dice así: el PM inicia y ejercita la acción penal. Un representante del PM interviene en todas las audiencias penales de las Cortes, de los tribunales y de las preturas. Sin su intervención la audiencia no puede tener lugar. Las atribuciones del PM en los actos preliminares del juicio y en las audiencias de las cortes de "assise" son competencia del procurador general de la República en la Corte de Apelación, el cual las ejercita personalmente o por medio de otro magistrado adscrito a su fiscalía. El procurador general en la circunscripción de la Corte de Apelación prevé la designación de magistrados del PM que deben intervenir en las audiencias, delegando, si fuera necesario, en el procurador de la República o en un sustituto en el tribunal de la sede donde esté convocada la Corte de "assise".

Según el art. 78 OG el PM promueve la ejecución de las sentencias y de las otras resoluciones del juez penal según las disposiciones del c.p.p. y de las leyes complementarias.

SACCUCCI<sup>33</sup> clasifica las funciones del PM (atribuciones generales

---

<sup>33</sup> SACCUCCI B., en Le funzione del P.M. nel nuovo processo penale, Seminario "Justicia y Sociedad" celebrado en México los días 6, 7 y 8 de septiembre de 1993, pág. 8.

y en materia penal) del modo siguiente:

- 1) Función de control de la actuación del juez a través de la impugnación
- 2) Función de tutela de los derechos del Estado, de las personas jurídicas y de los incapaces
- 3) Función de represión de los delitos, y en ese sentido, de investigación de los mismos
- 4) Función promotora de la acción penal
- 5) Función ejecutiva

El c.p.p. concreta más las funciones del PM en materia penal y así pueden distinguirse hasta cuatro bloques de funciones distintas.

**a) Es director del procedimiento preliminar y jefe de la policía.**

Según el art. 327 c.p.p.<sup>34</sup> el PM dirige la investigación preliminar y dispone directamente de la policía judicial. Como dice APICELLA<sup>35</sup> en el nuevo proceso el PM será el jefe efectivo de la policía judicial cuya actividad deberá estar dirigida a la búsqueda de la prueba y no a su adquisición. La dependencia directa del MF la sancionan los arts. 56 a 60 c.p.p.

Como director del procedimiento preliminar el PM puede realizar "toda actividad que sea necesaria a los fines indicados en el

---

<sup>34</sup> La atribución de la dirección del procedimiento preliminar exclusivamente al PM es obra de la reforma del c.p.p. aprobado por Decreto del Presidente de la República de 22 de septiembre 1988, n.447.

<sup>35</sup> APICELLA, D., en Ruolo del Pubblico Ministero nel nuovo processo, en "Accusa e difesa nel nuovo processo penale", Actas de la Convención Nacional de Crema, celebrada del 7 al 8 de octubre de 1988, coordinador MELCHIONNA, B., Pádua, 1989, pág.58.

art. 326" (art. 358 c.p.p.). Los artículos siguientes determinan qué es lo que debe entenderse por esa expresión tan amplia. Algunas de sus funciones en el procedimiento preliminar son:

- Cuando deba efectuar investigaciones para las que se requieran informes indicativos, descriptivos o fotográficos, puede valerse de consultores técnicos que no podrán negarse a efectuar las operaciones (art. 359.1).
- Podrá citar para su comparecencia a la persona objeto de las investigaciones, pudiendo ordenar su conducción forzosa, una vez haya sido autorizada por el juez, para la práctica de interrogatorios y careos (arts. 375 y 376).
- Interroga a las personas imputadas en procedimientos conexos (art. 363).
- El PM efectúa personalmente las actividades de la investigación. Puede valerse de la policía judicial para el desarrollo de actividades de investigación y de actos específicamente delegados entre los cuales no pueden estar comprendidos el interrogatorio de la persona sometida a las investigaciones y los careos con la misma (art. 370).

#### **b) Tiene el monopolio de la acción penal**

El art. 112 de la Constitución es claro al afirmar que el PM tiene la obligación de ejercitar la acción penal. Descendiendo a la legalidad ordinaria nos encontramos con el art. 405 c.p.p. que especifica que el PM, cuando no deba pedir el archivo, ejercitará la acción penal, formulando la imputación. También el art. 74 OG, al que anteriormente nos hemos referido, dice que el PM inicia y ejercita la acción penal.

De todos estos preceptos se deduce solamente la obligación del MF

de ejercitar la acción penal, pero no el monopolio de ese ejercicio<sup>36</sup>. A él se llega al observar que en ninguna de las leyes antes citadas se contiene referencia alguna a la acción penal ejercitada por las víctimas del delito y tampoco a la existencia de una acción popular. Existe la querella que es ejercitada por el ofendido y que en algún caso, como sucede en España, es condición de procedibilidad, de modo que si no se formula el fiscal no puede ejercitar la acción penal. Sin embargo en los demás supuestos y cuando no se den los presupuestos del archivo el PM accionará de oficio (art. 50 c.p.p.).

#### c) Desempeña un importante papel en la conformidad

En la actualidad y tras la reforma de 1988 el PM y el imputado, puestos de acuerdo, pueden pedir al juez la aplicación, en la especie y en la medida indicada, de una sanción sustitutoria o de una pena pecuniaria, disminuida hasta un tercio, o bien de una pena privativa de libertad cuando ésta, teniendo en cuenta las circunstancias y disminuida hasta un tercio, no supere los dos años, sólo o junto con pena pecuniaria (art. 444 c.p.p.). Si hay consenso también de la parte que no ha formulado la petición y no ha lugar a dictar sobreseimiento, según el art. 129, y considerando el juez que la calificación jurídica del hecho y la aplicación de las circunstancias son correctas, dicta sentencia aplicando la pena indicada, enunciando en el fallo que ha habido petición de las partes. Este proceso recibe el nombre de "applicazione della pena su richiesta

---

<sup>36</sup> El monopolio lo justifica CARNELUTTI, F., Ensayo de una Teoría integral de la acción, en "Cuestiones sobre el proceso penal", Buenos Aires, 1961, pág. 36, al decir que respecto del proceso penal la parte puede ser, según los casos, un instrumento defectuoso o excesivo. Puede ocurrir que no obre cuando sería necesario que obrase, o que obre cuando debiera no obrar. El remedio está en quitar la llave del proceso de las manos de la parte para encomendarla al ministerio público.

delle parti" (arts. 444-448) y como se ve simplifica notablemente la tramitación del proceso penal.

Sin embargo el "patteggiamento" (convenio, negociación sobre la pena) no es nuevo en el panorama procesal penal italiano. Efectivamente la ley de 24 de noviembre de 1981 (n. 689) introdujo este instituto, aunque las diferencias entre su regulación en esa ley y la que tiene en el procedimiento de "applicazione della pena su richiesta delle parti" son notables. Con respecto a este procedimiento es importante destacar que los problemas constitucionales que planteaba fueron resueltos mediante sentencia de 2 de julio de 1990 n.313 de la "Corte Costituzionale". Como interesantes desde el punto de vista del PM y de su actuación en el proceso penal merecen destacarse tres a las que se refiere BARONA<sup>37</sup> en el comentario que realiza de la citada sentencia.

1º) Respecto de la posible inconstitucionalidad del proceso por suponer vulneración al art. 101.2 CI, dado que el contenido de la sentencia no supone una intervención del órgano jurisdiccional, de tal modo que, de alguna forma, el juez tendrá que medir la pena, según un poder discrecional atribuido a los otros sujetos del proceso, la Corte resolvió que el juez no sólo va a tener el poder-deber de controlar la certeza de la existencia de las circunstancias que las partes han alegado, sino que también puede apreciar libremente otras circunstancias ya sean atenuantes o agravantes.

2º) Respecto del art. 102 I que reserva a los magistrados ordinarios el ejercicio de la función jurisdiccional,

---

<sup>37</sup> BARONA VILAR, S., en La conformidad en el proceso penal, Valencia, 1994, págs. 139-141.



mientras que el art. 444 c.p.p. deja a las partes (MF e imputado) la elección discrecional de la medida de la pena que viene impuesta al juez, la Corte resolvió que no existía ninguna pugna con los preceptos constitucionales dado que, aunque el art. 444 atribuye al juez un control de legitimidad, se trataría de una función jurisdiccional en todo caso, y una función esencial, pues, de otro modo, las partes no tendrían la posibilidad de elegir el tipo de procedimiento.

3º) Y por último, respecto a la vulneración de los principios constitucionales recogidos en los arts. 13 I y 24 II frente al propio art. 444 c.p.p., que permite el pronunciamiento de una sentencia de condena con base en los actos de la investigación preliminar, y por tanto, haciendo posible que el imputado renuncie a derechos indisponibles por las partes como el de la libertad y el derecho de defensa, la Corte dijo que no pueden confundirse estos derechos, con la obligación absoluta de ejercitarlos. La ley fundamental garantiza las condiciones a partir de las cuales los derechos de libertad y defensa pueden ser ejercitados en toda su legítima extensión, pero esto no significa que autorice a configurar o a establecer el ejercicio de estos derechos como algo obligatorio.

#### **d) Vela de oficio la ejecución de las resoluciones judiciales**

Según el art. 655 c.p.p. salvo que se disponga otra cosa, el PM vela de oficio la ejecución de las resoluciones judiciales. Propone sus peticiones al juez competente e interviene en todos los procedimientos de ejecución. A continuación el art. 656 se refiere al papel de PM en la

ejecución de las penas privativas de libertad, el 657 al cómputo de la custodia cautelar y de las penas cumplidas sin título, el 658 a la ejecución de medidas de seguridad, el 659 a la ejecución de resoluciones del juez de vigilancia, el 660 a la ejecución de penas pecuniarias, el 661 a la ejecución de sanciones sustitutivas, el 662 a la de penas accesorias, el 663 a la de penas concurrentes y el 664 a la ejecución de otras sanciones pecuniarias

Respecto de las funciones atribuidas al P.N.A. el nuevo art. 371-bis c.p.p. (añadido al texto del código por el art. 7 del D.L. de 20 de noviembre de 1991, n.8) se refiere a sus funciones diciendo que:

- Dispone de los servicios centrales de policía a los que imparte directivas con el fin de regular las investigaciones
- Ejercita funciones de impulso frente a los procuradores de distrito con el triple fin de hacer efectiva su coordinación en las investigaciones, racionalizar el uso de la policía judicial y conseguir resultados de la investigación que sean aceptables por su exhaustividad y tempestividad
- Asegura la homogeneidad de las técnicas investigadoras "también por medio de magistrados de la D.N.A."
- Coordina a los procuradores de distrito y dispone la avocación en los casos de injustificado rechazo de la coordinación.

Todo ello quiere decir que al P.N.A. corresponde dirigir y organizar el servicio según criterios de funcionalidad.

"Los resultados dirán si el esquema de relaciones internas introducido por el PM de la "superprocura" realmente constituye algo perjudicial, como sostienen los defensores de la independencia del PM, peligroso, como temen los enemigos de cualquier forma de hegemonía judicial, o bien un modelo a seguir también en la investigación de los

delitos comunes, en la aspiración a realizar un proceso uniforme y justo para todos"<sup>38</sup>.

### 3. Principios

Respecto a los principios que informan la institución del PM en Italia debe destacarse, con carácter previo, que la tradicional distinción entre principios de dependencia y unidad por un lado y principios de legalidad e imparcialidad por otro, no encuentra acomodo pacífico en el país vecino. Mientras que los dos últimos pueden ser predicados con facilidad, los dos primeros han evolucionado de tal modo que en la actualidad apenas puede mantenerse su subsistencia.

#### A) Unidad

Del PM se ha dicho que era uno e indivisible. No obstante el rigor de esta afirmación heredada del MF francés, en Italia la evolución de la institución ha hecho, desde ya hace tiempo, esta afirmación insostenible.

En efecto la unidad, se dice, se manifiesta en que el MF es único para todo el Estado, ejercitando su jefatura el superior jerárquico máximo y, por consiguiente, el fiscal jefe de cada órgano actúa en representación del jefe supremo y los demás miembros por delegación de su jefe respectivo.

MANZINI<sup>39</sup> al abordar el problema de la pretendida unidad del PM dice que el PM no es de ninguna manera "uno", porque si bien es verdad

---

<sup>38</sup> GAITO, A., El Ministerio Público: Organización y funcionamiento en Italia, ponencia presentada al Seminario "Justicia y Sociedad", celebrado en México los días 6, 7 y 8 de septiembre de 1993, págs. 20 y 21.

<sup>39</sup> MANZINI, V., El acusador (Ministerio Público), en "Derecho Procesal Penal", II, Buenos Aires, 1951, págs. 374 a 376.

que el Ministro competente se puede considerar bajo un cierto aspecto el superior jerárquico central del PM, lo mismo ocurre con todas las ramas de la Administración Pública, sin que por ello haya soñado nadie afirmar que sea una e indivisible, por ejemplo, la instrucción pública, la hacienda, etc., Por otro lado la superioridad del Ministro se explica por una acción de simple vigilancia. Además, como ya hemos visto al hablar de la dependencia interna, el Procurador General de la Casación no es en modo alguno el superior jerárquico de los procuradores generales de apelación y de los procuradores generales de la República. No tiene ninguna de las facultades directivas que competen a los procuradores generales de apelación en orden a los procuradores de la República.

Respecto a la pretendida indivisibilidad del PM, dice también MANZINI<sup>40</sup>, que el PM tampoco es indivisible, no sólo porque hay distinción funcional entre PM de casación y PM ante los otros jueces, sino también porque está distribuido territorialmente de manera que la indivisibilidad sólo se puede admitir respecto de cada una de las Fiscalías, y hasta cierto punto, sólo respecto de cada uno de los distritos de Corte de Apelación aisladamente considerado.

Aunque en Italia el procurador de la República dependa ciertamente del procurador general, que dirige y vigila su acción y compendia virtualmente sus poderes, no es un sustituto del procurador general, sino que es jefe de su propia Fiscalía, actúa en su propio nombre y posee la libertad de iniciativa y de acción que corresponde a un titular de Fiscalía y no a un subalterno. Los poderes del procurador general comprenden los del procurador de la República, pero normalmente no los absorben; el primero puede sustituir al segundo, pero éste no actúa por delegación

---

<sup>40</sup> Véase nota anterior.

de aquél. De manera que, respecto de las procuradurías de la República de un mismo distrito de Corte de Apelación, hay tanta autonomía como es suficiente para negar la pretendida indivisibilidad.

La unidad e indivisibilidad del PM se reducen por consiguiente, en Italia, a la simple unidad e indivisibilidad de cada Fiscalía separadamente considerada<sup>41</sup>.

## **B) Dependencia**

Para hablar del principio de dependencia hay que distinguir, como hemos hecho hasta ahora, entre la dependencia externa del Gobierno y la interna del superior jerárquico.

### **a) Dependencia interna**

En cuanto a la independencia interna del PM se basa en la organización de forma jerárquica de la institución, es decir, la facultad de impartir órdenes de los superiores y en los mecanismos que garantizan el cumplimiento de estas órdenes (derecho de sustitución y de devolución).

Aquí cabe distinguir dos esferas claramente diferenciadas. De un lado está la relación entre las distintas Fiscalías y de otro, las relaciones internas dentro de cada Fiscalía. Respecto al primer núcleo debemos concluir que no puede hablarse de la existencia de dependencia interna entre las distintas Fiscalías, pues no puede afirmarse que el Procurador General en la Corte de Casación sea el superior jerárquico de los otros miembros del PM ya que él únicamente desarrolla sus funciones ante la

---

<sup>41</sup> Véase, en el mismo sentido que MANZINI, SIRACUSA, F., Pubblico Ministero, en "Digesto", Turín, 1967, págs. 543 y 544.

Corte de Casación pero no tiene ninguna atribución que le permita inmiscuirse en la gestión de las instrucciones penales y en la actividad de la policía judicial. En el otro extremo igualmente vemos que no existe ninguna relación de tipo jerárquico entre el procurador de la República y el pretor, no obstante su necesidad de colaborar, por lo menos en el ejercicio de las funciones de policía judicial.

Sí existe, sin embargo, relación de tipo jerárquico entre el procurador general en la Corte de Apelación y los procuradores de la República del distrito.

En lo referente a las relaciones internas dentro de cada Fiscalía la organización sí es de tipo jerárquico y el jefe de cada oficina puede utilizar los derechos de sustitución y de avocación. Sin embargo con la nueva redacción del c.p.p. esta dependencia interna también se ha visto muy suavizada. En efecto, síntesis de la nueva situación es el art. 53 , según el cual en la audiencia el magistrado del PM ejercita sus funciones con plena autonomía. El jefe de la Fiscalía provee su sustitución en los casos de grave impedimento, de importantes exigencias del servicio y en aquellos previstos en el art. 36, 1, letras a), b), d) y e)<sup>42</sup>. En los otros casos el magistrado puede ser sustituido sólo con su consentimiento. Cuando el jefe de la Fiscalía no procede a la sustitución del magistrado en los casos previstos en el art. 36, 1, letras a), b), d) y e), el

---

<sup>42</sup> El art. 36 c.p.p. se refiere a los supuestos de abstención del juez, y en concreto las letras a que se refiere el art. 53 son:

a) si tiene interés en el procedimiento o si alguna de las partes privadas o un defensor es deudor o acreedor de él, del cónyuge o de los hijos; b) si es tutor, curador, procurador o empresario de una de las partes privadas o bien si el defensor, procurador o curador de una de estas partes es pariente próximo de él o del cónyuge; d) si hay enemistad grave entre él o un pariente suyo próximo y una de las partes privadas; e) si alguno de los parientes próximos de él o del cónyuge es el ofendido o dañado por el delito o parte privada.

procurador general en la Corte de Apelación designa para la audiencia un magistrado perteneciente a su Fiscalía.

Es posible la avocación de las investigaciones preliminares por parte de este mismo procurador cuando el PM no ejercite la acción penal o el archivo de las actuaciones en los plazos establecidos por la ley. Será necesario, sin embargo, que el procurador disponga la avocación con decreto motivado (art. 412 c.p.p.).

Como conclusión puede decirse que en lo relativo a dependencia interna ésta se mantiene, aunque suavizada, dentro de cada Fiscalía y para las relaciones entre determinadas Fiscalías. En cualquier caso no es este un principio que puede predicarse con carácter general, como hemos visto.

#### b) Dependencia externa

Esta dependencia se manifiesta por el modo de nombrar y cesar al "Procuratore Generale" en la Corte de Casación y por la facultad del Gobierno de impartir órdenes a la Fiscalía.

Respecto a la primera cuestión el nombramiento del "Procuratore Generale" lo realiza el "Consiglio Superiore della Magistratura". Esto se deduce de la interpretación conjunta de los arts. 10 de la ley de 24 de marzo de 1958 n°195 del "Consiglio Superiore della Magistratura" y del 6 de la ley de 24 de mayo de 1951 n° 392 sobre el tratamiento económico y funciones de los magistrados. El primero de ellos dice que la asignación de las funciones de los magistrados se hace siempre por el "Consiglio" y el segundo dice que se confieren por antigüedad y por méritos a los magistrados de la Corte de Casación los cargos directivos que se enumeran y con el n°2 aparece el del "Procuratore Generale". Este "Procuratore" dejará de serlo por jubilación o renuncia.

Respecto a la segunda cuestión como dice MARCHENA<sup>43</sup> la dependencia jerárquica ha experimentado en Italia un progresivo debilitamiento. Con anterioridad el art. 69 OG establecía que "el PM ejerce sus funciones bajo la dirección del Ministro de Justicia". Posteriormente, con la reforma de 1946, en el nuevo art. 69 se lee que: "el PM ejercita, bajo la vigilancia del Ministro de Gracia y Justicia, las funciones que la ley le atribuye". No existe, pues, ya en Italia la posibilidad de que el Gobierno encomiende al PM actuaciones en concreto, aunque sí podría, en cumplimiento de su función de vigilancia, interesarse por ejemplo en por qué no se ha ejercitado la acción penal en determinado supuesto.

A la vista de lo expuesto puede concluirse que en Italia el PM es independiente del poder ejecutivo, como por otro lado exigía el inequívoco dictado de los arts. 102 I, 104 I y 108 II CI.

### C) Legalidad

El PM está sometido en Italia, al igual que el resto de personas e instituciones, a la Constitución y las leyes. Como vimos en el apartado referente a las funciones una de las más importantes en el proceso penal es la de ejercitar la acusación pública, especialmente importante en este país como en Alemania por el monopolio que existe de su uso en manos del PM. Sin embargo, también aquí el principio de legalidad ha cedido el paso al de oportunidad y en la actualidad "conviven" en el nuevo proceso llamado de "applicazione della pena su richiesta delle parti" en el cual se hace posible que el fiscal pida, de acuerdo, con el imputado, una pena inferior a la que en principio correspondería. La pena privativa

---

<sup>43</sup> MARCHENA GOMEZ, M., El Ministerio Fiscal..., pág. 62.



**« PARTE SEGUNDA: ESTRUCTURA ORGANICA Y  
ENCUADRE INSTITUCIONAL DEL MINISTERIO  
FISCAL »**

de libertad no puede exceder, como vimos, los dos años.

#### **D) Imparcialidad**

En la doctrina italiana se reconoce sin dificultad que el PM es una parte. No es lógico sin embargo que una parte sea imparcial, es más, sería realmente una "contradictio in terminis". Sin embargo dicen los autores italianos<sup>44</sup> el PM es una parte "sui generis", esto es una parte pública que realiza una función de justicia que no encontraría explicación en la mera persecución de intereses, propia de partes privadas. Esta peculiar posición del PM es fruto de su creación artificial y hace que en el cumplimiento de sus funciones no esté como objetivo prioritario el acusar, sino el obtener una sentencia ajustada a derecho, para lo cual debe realizar la investigación preliminar buscando también los elementos que sean favorables para el futuro imputado y llegado el momento, si considera que no existen suficientes elementos inculpatorios, no sostendrá la acusación.

Consecuencia de esta peculiar posición del MF entre las partes privadas y el juez es la necesidad de que exista algún mecanismo garantizador de su imparcialidad, sin la cual el PM no podrá realizar adecuadamente su cometido.

Las garantía de la imparcialidad del PM residen por un lado en la posibilidad que tiene de abstenerse (art. 52 c.p.p.) y por otro en la posibilidad que tiene su jefe de sustituirlo en los supuestos de las letras a), b) d) y e) del art. 36 (art. 53 c.p.p.).

---

<sup>44</sup> Véase en este sentido, por ejemplo, a SACCUCCI, B., Le funzioni del PM..., pág. 2.

#### 4. Posición del MF en el proceso penal

En lo que respecta al encuadre institucional del PM hay acuerdo en la doctrina italiana en el sentido de reconocer que el MF es independiente del poder ejecutivo<sup>45</sup>. Esto no significa, sin embargo, que el PM tenga la misma independencia interna de la que goza el juez, en el sentido de que éste no tiene en ningún caso superiores y el PM ya hemos visto que sí los tiene. Cuando se dice que el PM es independiente se está haciendo referencia a la independencia externa del Ministro de Justicia, del gobierno. Son determinantes para llegar a esa conclusión de un lado el dictado del art. 69 OG ("vigilancia del Ministro de Justicia" y ya no "dirección" como antaño) y el hecho de que el PM se incluya entre los miembros de la magistratura (art. 4 OG) respecto de los cuales la misma CI garantiza su independencia (art. 108. II).

Debería concluirse pues, que respecto a su encuadre institucional el PM está en la esfera del poder judicial. No obstante, tras la última reforma, se han alzado voces que hablan de la "degiurisdizionalizzazione" de la institución<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> En la doctrina española también se reconoce esa independencia. Véase, p.e., FAIREN GUILLEN, V., en Proyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, RDP, 1992, págs. 201 y 202, que expresa su deseo de que la independencia alcanzada tras la reforma de 1988 por el PM en Italia alcance en su día al MF español.

<sup>46</sup> En este sentido, APICELLA, D., Ruolo del Pubblico Ministero..., pág. 57. dice que, de acuerdo con las indicaciones de la ley de delegación, el nuevo c.p.p. actúa las características del sistema acusatorio poniendo a la acusación, en cualquier momento del juicio, en paridad con la defensa. Ello constituye una señal indiscutible de la nueva naturaleza del PM, de su "degiurisdizionalizzazione". También DI NICOLA, E., La posizion del Pubblico Ministero..., págs. 13 y 14. se pronuncia sobre el particular, en su opinión, la eliminación de la confusión de papeles entre el PM y el juez y la clara diferenciación establecida finalmente entre acción y jurisdicción no permitirá más que el PM parte pueda desarrollar funciones jurisdiccionales, de adquisición de prueba y decisorias, frente a las otras partes; y no permitirá más tampoco que el juez pueda desarrollar funciones investigadoras de

En lo referente a las funciones del PM en el proceso penal ya hemos visto que, sobre todo tras la última reforma, se han visto incrementadas. Así la posición del PM en el nuevo proceso penal le permite gozar de una relevancia importante (sobre todo considerando su papel como investigador único) que no ha despertado las suspicacias y el rechazo que de ordinario la figura del Fiscal-investigador suele traer consigo<sup>47</sup>, pues de algún modo, en el país vecino no se ve el PM el brazo oculto del gobierno de turno, ofreciendo por tanto su figura garantías suficientes para desarrollar las funciones que le han sido encomendadas con sometimiento exquisito a la legalidad vigente.

---

búsqueda de prueba e inquisitorias de adquisición de elementos que permitan al PM ejercitar la acción penal.

<sup>47</sup> MARCHENA, M., El Ministerio Fiscal..., pág.63. Al respecto de la figura del fiscal investigador dice FAIREN GUILLEN, V., en Imagen preliminar y fragmentaria de la reforma procesal penal, RDP, 1992, pág.14, que la instrucción dirigida por el MF puede predicarse en aquellos países en que dicha Entidad sea independiente del Poder Ejecutivo. Pero si no lo es, el hacerlo instructor es exponernos a que instruya el Ministro de Justicia por medio de órdenes.

---

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **« ORGANIZACION Y MIEMBROS DEL MINISTERIO FISCAL »**

## **I. ORGANIZACION**

### **1. Fiscal General del Estado**

Como cúspide en la estructura piramidal del MF español aparece el FGE, al que el art. 22.2 EOMF atribuye "la Jefatura Superior y su representación en todo el territorio español". Señala GRANADOS CALERO<sup>1</sup> que "el modelo de concentración de máximo poder en el nivel superior de la Fiscalía -Fiscal General del Estado- queda recogido con cierta amplitud en el art. 22.2 del Estatuto al disponer que a él corresponde impartir las ordenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la Institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal. No se trata, pues de una dirección colegiada, sino unipersonal, en la que la persona se confunde con el órgano y ambas representan a la institución".

#### **A) Estatuto**

Según el art. 124 CE "el FGE será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el CGPJ". Desarrollando el texto constitucional dispone el art. 29.1 EOMF que "el FGE será nombrado y cesado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el CGPJ, eligiéndolo entre juristas españoles de

---

<sup>1</sup> GRANADOS CALERO, F., El Ministerio Fiscal. Del presente al futuro. Madrid, 1989, págs. 106-107.

reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión".

Parece evidente, tras la lectura de ambos artículos, que el FGE será un "hombre de confianza" del Gobierno, ya que es éste el que efectivamente lo designa<sup>2</sup> y el que lo cesa.

Sobre la idea de la dependencia del FGE -y por ende del MF como Institución- del poder Ejecutivo, volveremos más adelante al examinar el encuadre institucional de la figura, pero no parece desacertado reconocer que estamos ante un nombramiento de carácter político ya que responde a las preferencias gubernamentales y cuando deje de representarlas puede ser cesado de modo fulminante<sup>3</sup>.

El nombramiento por el Rey y la audiencia previa al CGPJ no inciden en el carácter político del cargo de FGE<sup>4</sup>, el primero porque

---

<sup>2</sup> En el mismo sentido véase a MUÑOZ CALVO J.L., La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal, en la obra colectiva "El Poder Judicial", Vol III, Madrid, 1983, pág. 2166. "(...) la cabeza visible de la institución es designada por el Poder Político con arreglo a criterios de esa naturaleza (...)".

<sup>3</sup> Recuérdense los expeditivos ceses de Fiscales Generales muy recientes, sin ir más lejos, del anterior al actual tras elevar al Ministro de Justicia un memorandum de agravios y necesidades elaborados por el Consejo Fiscal y suscrito por él mismo.

Esta actuación gubernamental tiene, por otro lado, perfecto cobijo legal, por cuanto ni la Constitución ni el Estatuto establecen ningún requisito objetivo del que deba hacerse depender tal decisión.

<sup>4</sup> No tiene la misma opinión APARICIO CALVO-RUBIO, J., que en su trabajo El Ministerio Fiscal en la Constitución, en "El Poder Judicial", Madrid, 1983, I, manifiesta que "...el nombramiento por el Rey y no por el Gobierno, como en el sistema anterior, constituye un acierto constitucional evidente, no sólo por elevar al máximo el rango del nombramiento sino porque acentúa, de alguna manera su

es meramente formal, puesto que el Rey es irresponsable políticamente (art. 56.3 CE) y la segunda porque no posee carácter vinculante.

Tampoco modifica el carácter del nombramiento el requisito objetivo de ser elegido "entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión", por cuanto ese requisito lo único que garantiza es la posesión de una cierta capacidad que se estima necesaria para ejercer el cargo. Además si se tiene en cuenta cómo se ha exigido, en algún caso, su cumplimiento, se estará de acuerdo en que de ese modo no se garantiza absolutamente nada. Por poner un ejemplo nos referiremos al controvertido nombramiento del actual Fiscal General. Su condición de jurista español de reconocido prestigio venía avalada por una breve carrera como abogado, cinco años como juez, uno como magistrado, ocho en cargos gubernativos (como gobernador civil y delegado del Gobierno) y dos como vocal del CGPJ (a propuesta del PSOE). Como puede observarse para contabilizar los más de quince años necesarios en el ejercicio

---

independencia, (...). No hay que subestimar, por otro lado, la obligada audiencia del CGPJ".

En lo relativo a la audiencia al CGPJ cabe decir que, en el momento de la publicación de ese trabajo tenía más relevancia que actualmente puesto que, aunque no fuera vinculante, el modo de designar a los vocales del CGPJ ("ex" LO 1/1980, según la cual los doce vocales de procedencia judicial eran elegidos por miembros de la carrera) permitía vislumbrar fricciones en la preceptiva audiencia. Sin embargo, en la actualidad los vocales del CGPJ responden a la división de fuerzas existente en la Cámaras (art. 112.3 LOPJ) y si gobierna un partido mayoritario la audiencia no pasará de ser un mero trámite.



efectivo de su profesión fueron decisivos los años en los que desempeñó cargos de carácter político<sup>5</sup>.

## **B) Funciones**

Entre todas las funciones que le atribuye el Estatuto pueden distinguirse dos clases que pasamos a exponer.

### **a) Relacionadas con su condición de jefe del MF**

a') El FGE es, por su condición de tal, el Jefe directo de la Fiscalía del TS (art. 17 EOMF). Le corresponde asimismo la dirección de la Fiscalía ante el TC y de la Fiscalía especial para la prevención y represión del Tráfico Ilegal de Drogas (art.18 EOMF).

b') También corresponde al FGE la presidencia del CF (art. 14.1 EOMF) y la de la Junta de Fiscales de Sala (art. 14.2 EOMF).

---

<sup>5</sup> Al respecto hay en estos momentos planteado un contencioso entre el Gobierno y dos asociaciones de magistrados y una de fiscales ante la Sala III del TS. Según el Gobierno el nombramiento y cese del FGE es un acto político y, en consecuencia, no cabe contra él recurso alguno ante los Tribunales. En cambio, según las tres asociaciones, se trata de un acto político pero reglado. Así cuando en el elegido no concurra algún requisito de los exigidos, el acto será revisable jurisdiccionalmente. Esta última interpretación ha sido sancionada por el TS, quien el día 31 de enero de 1993 acordó reconocer legitimación para recurrir a las asociaciones mencionadas, mediante auto de su Sala III.

c') Según el art. 22.2 EOMF al FGE le corresponde la inspección del MF. Sin embargo el art.15 especifica que la Inspección Fiscal constituida por un Fiscal Inspector, un Teniente Fiscal Inspector y los Inspectores Fiscales que se determinen en plantilla, ejercerá sus funciones con carácter permanente por delegación del FGE.

d') El FGE tiene la facultad de impartir órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la Institución (art. 22.1 EOMF). Esta facultad se ejerce mediante las circulares, instrucciones, notas de servicio y la resolución de consultas.

Las circulares se utilizan cuando se trata de establecer criterios generales de aplicación e interpretación de las normas o de estructuración o funcionamiento de los órganos.

Las instrucciones se reservan para asuntos de menor importancia. Pueden ser generales y particulares. Refiriéndose a ellas dice el art. 26 EOMF que "el FGE podrá llamar a su presencia a cualquier miembro del MF para recibir directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas, trasladando, en este caso, dichas instrucciones al Fiscal Jefe respectivo".

Las notas de servicio se utilizan para cuestiones de régimen interior.

La resolución de consultas es relativa a problemas de cada Fiscalía en concreto, sin embargo es frecuente dar conocimiento de

ellas al resto de Fiscalías para que puedan tenerlas en cuenta en casos similares. En la elaboración de estas resoluciones intervienen la Junta de Fiscales (art. 14.2 EOMF) asistiendo al FGE y la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado (art. 16 EOMF).

Las circulares, las instrucciones y la resolución de consultas, se publican luego en la Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado.

e') El FGE puede también designar a cualquiera de los miembros del MF para que actúe en un asunto determinado, ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en que el MF está legitimado para intervenir, oído el CF (art. 26 EOMF). En el mismo sentido y según el art. 18 bis, introducido en el EOMF por la ley 5/1988 de 24 de marzo y en relación con la Fiscalía especial para la prevención y represión del Tráfico Ilegal de Drogas " cuando el número de procedimientos así lo aconseje, el FGE podrá designar a uno o a varios Fiscales para que actúen en relación directa con dicha Fiscalía Especial".

f') Para mantener la unidad de criterios, estudiar los asuntos de especial trascendencia o complejidad o fijar posiciones respecto a temas relativos a su función, cada Fiscalía celebrará periódicamente Juntas de todos sus componentes. En caso de que surjan discrepancias prevalecerá, después del libre debate

el criterio del Fiscal Jefe. Y en el caso de que la opinión de éste último fuese contraria a la de la mayoría de los asistentes, deberá someter ambas a su superior jerárquico. Cuando se trate de la Junta de Fiscalía del TS resuelve el mismo FGE oído el CF o la Junta de Fiscales de Sala según el ámbito propio de las funciones que le señala el art. 14 (art. 24 EOMF).

g') Según el art. 27 EOMF, el FGE resuelve sobre las objeciones que a sus órdenes o instrucciones haga el Fiscal a quien las mismas se dirijan. Previamente debe oír a la Junta de Fiscales de Sala.

h') Las anotaciones serán canceladas por acuerdo del FGE, una vez cumplida la sanción y transcurridos seis meses, dos años o cuatro años desde su imposición, según que la falta hubiere sido leve, grave o muy grave, respectivamente, y siempre que en dicho período el funcionario no hubiere incurrido en la comisión de hechos sancionables (art. 69 EOMF).

i') Corresponde al FGE emitir informe, oído el Consejo Fiscal, sobre el número de Fiscalías que deben existir y sus plantillas a efectos de su fijación, que se hará por Real Decreto a propuesta del Ministro de Justicia (art.18.2 EOMF).

j') Según el art. 13.1º y el 36 EOMF, el FGE propone al Gobierno los nombramientos para los distintos cargos previo informe del CF<sup>6</sup>. Y según el mismo art. 13, pero ahora 2º y 3º respectivamente, corresponde al FGE proponer al Gobierno los ascensos y conceder las licencias que sean de su competencia.

k') Es igualmente función del FGE designar a los Fiscales de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado (art. 36.4 EOMF).

l') Según dispone el art. 41 EOMF "(...) los Fiscales Jefes de los respectivos órganos podrán ser removidos por el Gobierno a propuesta del FGE, que deberá oír previamente al Consejo Fiscal y al interesado".

m') El FGE es competente para acordar correcciones disciplinarias hasta la suspensión de empleo y sueldo (art. 67.2 EOMF) y para proponer al Ministro de Justicia la corrección de separación del servicio, previo informe favorable del CF

---

<sup>6</sup> Obsérvese la diferencia entre la redacción del art. 13.1º y el art. 36. Según el primero el FGE propone al Gobierno los nombramientos, según el segundo no hay propuesta del FGE y es el Gobierno quien directamente provee los destinos, previo informe del FGE.

(art. 67.3 EOMF).

n') Existen asimismo una serie de funciones de menor importancia que aparecen dispersas en Reales Decretos. Lo deseable sería que todas esas competencias fueran reguladas unitariamente en el Reglamento del MF, pero como aún no se ha dictado (a pesar de lo dispuesto en la Disposición Final Primera EOMF<sup>7</sup>) y continua utilizándose el de 1969, el Gobierno se ha visto obligado a dictar este tipo de normativa. Un ejemplo de ella es el RD 1050/1987 de 26 de junio de "Normas sobre Abogados Fiscales en régimen de provisión temporal y Abogados Fiscales sustitutos", cuyo art. 6.2 dice así "el FGE, previo informe de los Fiscales de las Audiencias respectivas, propondrá al Ministerio de Justicia, mediante exposición motivada el nombramiento de los Fiscales sustitutos que sean necesarios,...".

**b) Derivadas de sus relaciones con los poderes públicos**

a') Según el art. 8 EOMF "1. El Gobierno podrá interesar del FGE que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público. 2. (...) El FGE, oída la Junta de Fiscales de Sala del TS, resolverá

---

<sup>7</sup> Téngase en cuenta, no obstante, que el plazo fue suspendido, por RD Ley de 22 de diciembre de 1982, núm. 26/82 (BOE 1 de enero de 1983), hasta el día de la publicación de la LOPJ en el BOE.

sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada. (...)".

Si comparamos la redacción de este artículo con el 2.4º del EOMF derogado, es decir el de 21 de junio de 1926 -"Son atribuciones del MF: 4º Intervenir, ejercitando las acciones y formulando las instancias procedentes en los pleitos que versen sobre el estado civil de las personas, en las que se refieran a posesión de Grandezas de España y Títulos del Reino, en los expedientes sobre suspensión de pagos de los comerciantes y en cuantos, por afectar a intereses sociales, ordenen las leyes o el Gobierno estime conveniente su intervención"- observaremos que, al menos aparentemente, la situación ha cambiado de modo radical. En la actualidad el MF no se ve obligado a accionar cuando el Gobierno lo estime conveniente sino que "lo solicitado podrá ejecutarse o denegarse.(...)el MF procederá, no con criterio político, sino con el que imponga la legalidad. Todo ello presupone que si la actuación interesada por el Gobierno no es conforme a la ley será denegada"<sup>8</sup>.

b') Disposición similar a la anterior, pero con relación a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, es el

---

<sup>8</sup> Entrevista a GIL-ALBERT, J.M., El Ministerio Fiscal es el defensor de la legalidad, en Poder Judicial, 1982, núm.2. pág.17.

art. 11 EOMF.

c') El FGE debe informar al Gobierno cuando éste lo interese respecto a cualquiera de los asuntos en que intervenga el MF, así como sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia. En casos excepcionales podrá ser llamado a informar ante el Consejo de Ministros. (art. 9.2 EOMF).

d') Con relación a las Cortes Generales establece el art. 10 EOMF "El MF colaborará con las Cortes Generales a requerimiento de éstas y siempre que no exista obstáculo legal, sin perjuicio de comparecer ante las mismas para informar de aquellos asuntos para los que especialmente fuera requerido. Las Cortes Generales se comunicarán con el MF a través de los presidentes de las Cámaras".

e') El FGE elevará al Gobierno una Memoria anual. De esta Memoria se remitirá copia a las Cortes Generales y al Consejo General del Poder Judicial. La Memoria tratará sobre los extremos manifestados en el art. 9.1 EOMF que es el que recoge esta obligación del FGE.

## **2. Sus órganos de apoyo**

Según el art. 13 I EOMF el FGE estará asistido en sus funciones por el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala, la Inspección



Fiscal y la Secretaría Técnica.

#### **A) El Consejo Fiscal**

El CF se rige mediante tres disposiciones básicas:

- El EOMF

- El RD 437/1983, de 9 de febrero, sobre constitución y funcionamiento del CF, modificado por el RD 572/1987, de 30 de abril.

- Su Reglamento de Régimen Interior, aprobado por Acuerdo de 20 de septiembre de 1983.

#### **a) Composición.**

Según el art. 14.1 EOMF "el CF se constituirá, bajo la Presidencia del FGE, por el Teniente Fiscal del TS, el Fiscal Inspector, un Fiscal de Sala del TS, un Fiscal del TSJ, un Fiscal Provincial, tres miembros del MF con categoría de Fiscal y tres con categoría de Abogado Fiscal. Todos los miembros del CF, excepto el FGE, el Teniente Fiscal del TS y el Fiscal Inspector, se elegirán por un período de cuatro años, por los miembros del MF en activo, constituidos en un único Colegio electoral en la forma que reglamentariamente se determine(...)".

Pone de relieve MUÑOZ CALVO, J.L.,<sup>9</sup> que "del nombramiento respectivo de cada uno de los miembros del CF, dejando aparte el

---

<sup>9</sup> MUÑOZ CALVO, J.L., La independencia..., pág. 2167.

caso del FGE (...), cabe indicar: a) que son miembros no electivos de designación directa por el Gobierno (art. 36 EOMF) a propuesta del FGE (art. 13 EOMF) el Teniente Fiscal del TS y el Inspector Fiscal, b) que aunque los demás miembros son electivos, su elección no está ausente de condicionamientos. En efecto (...), aunque la elección es libre, sólo son elegibles los que previamente hayan sido designados para desempeñar los puestos que permiten esa posibilidad por el Gobierno".

Así, se constituye el CF con doce miembros, de los cuales tres son consejeros natos y los otros nueve consejeros electivos.

El FGE, el Teniente Fiscal del TS y el Inspector Fiscal, son consejeros natos. Según el art. 7 RD 437/1983, estos consejeros natos adquieren tal condición al posesionarse del cargo que determina su cualidad de Consejero y no pueden renunciar a ésta.

Los electivos (el resto de consejeros enumerados en el art. 14 EOMF) adquirirán su condición de tales una vez firme el acuerdo de proclamación de los resultados de la elección por la Junta Electoral (art. 8 RD 437/1983).

Los consejeros no están ligados por mandato imperativo y el cargo es gratuito y honorífico, sin perjuicio del derecho a percibir las dietas de asistencia y las indemnizaciones de desplazamiento que legalmente les correspondan por acudir a las reuniones a las que sean convocados (arts. 10 y 12 RD 437/1983).

## **b) Competencias y funcionamiento**

El art. 14.1 EOMF establece las competencias del CF, que luego son desarrolladas por el RD 437/1983. En este RD se establecen por separado las competencias del CF en Pleno y las del CF en Comisión Permanente (arts. 3 y 4, respectivamente).

Entre las competencias asignadas al CF en pleno están, entre otras, la de elaborar los criterios generales en orden a asegurar la unidad de actuación, asesorar al FGE en cuantas materias éste le someta, conocer de los recursos interpuestos contra resoluciones dictadas en los expedientes disciplinarios por los fiscales jefes, informar al FGE en los expedientes que se tramiten para la remoción de los fiscales jefes de los distintos órganos del MF y asesorar al FGE en las cuestiones de disenso y aquellas otras que por su dificultad, generalidad o trascendencia, puedan afectar a la unidad de criterio del MF.

Al examinar el texto estatutario y el reglamentario podemos observar alguna discrepancia. P.e. en lo referente a ascensos y nombramientos en el EOMF se dice que "corresponde al CF:(...) c) Ser oído en las propuestas pertinentes respecto al nombramiento de los diversos cargos. d) Elaborar los informes para ascensos de los miembros de la Carrera Fiscal.(...)". Esto puesto en relación con el art. 13 EOMF nos da como resultado que, en el caso de los nombramientos el CF deberá ser oído pero su parecer no

será vinculante. Mientras que en el caso de los informes para ascensos el FGE deberá seguir el criterio del CF ineludiblemente.

Sin embargo en el texto reglamentario puede leerse: "Es competencia del CF en Pleno: (....)

4º Ser oído respecto del nombramiento de los diversos cargos y para el ascenso de los miembros de la carrera fiscal que no sean automáticos y reglados. (...)" (art. 3. 4º RD 437/1983)

Con lo cual, tanto para el ascenso como para el nombramiento, la facultad del CF no sería decisoria. En este supuesto de conflicto creemos con ALAMILLO CANILLAS, F.<sup>10</sup> que la solución vendrá de la mano del art. 9.3 CE a favor del EOMF, por el principio de jerarquía normativa.

Las demás diferencias de redacción entre el EOMF y el RD 437/1983 son naturales y encuentran acomodo y razón de ser en el apdo. h) del art. 14 EOMF, según el cual, corresponderán al CF las demás atribuciones que el Estatuto, la ley u otras disposiciones le confieran.

GRANADOS CALERO, F.,<sup>11</sup> propugna "de lege ferenda"

---

<sup>10</sup> ALAMILLO CANILLAS, F., El Ministerio Fiscal español. Su organización y funcionamiento, Madrid, 1990, pág. 73.

<sup>11</sup> GRANADOS CALERO, F., El Ministerio Fiscal..., págs. 362-363.

un modelo de CF en el que la expresa dependencia del Gobierno no tendría categoría de reforma, sino más bien de clarificación interpretativa de los preceptos constitucionales y del ordenamiento jurídico vigentes en la actualidad. El CF que propone tendría como competencias exclusivas las siguientes: "(...) el sistema de nombramientos, ascensos, traslados y ceses, junto con la facultad de resolver en última instancia los expedientes y recursos de carácter disciplinario que pudieran afectar a los miembros de la Carrera Fiscal".

En lo referente al funcionamiento y según el art. 14.1 EOMF "el CF podrá funcionar en Pleno y en Comisión Permanente y sus acuerdos se adoptarán por mayoría simple, siendo dirimente en caso de empate el voto de su presidente". Lo dispuesto en esta norma viene desarrollado en el RD 437/1983 cuyo art. 2 dice así "(...). el Pleno estará constituido por todos los miembros, natos y electivos, del CF. La Comisión Permanente estará integrada por el FGE, que la presidirá, salvo cuando delegue en el Teniente Fiscal; el Fiscal Inspector y tres consejeros electivos designados por el Pleno del Consejo por mayoría simple, uno de los cuales será Fiscal Jefe, otro pertenecerá a la categoría segunda y otro a la tercera. Los acuerdos se adoptarán por mayoría. El presidente tendrá voto de calidad".

Actuará como secretario, tanto del Pleno como de la Comisión, el funcionario más moderno de carrera que forme

parte de la última".

Por Acuerdo de 20 de septiembre de 1983 del CF se estableció el Reglamento de Régimen Interior del mismo. En dicho Reglamento se puntualizan algunos aspectos ya señalados: "El Pleno del CF (...) se reunirá en sesiones ordinarias y extraordinarias.

Deberán celebrarse, cuando menos, ocho sesiones ordinarias al año, pudiendo el presidente fijar un calendario aproximado de reuniones, que notificará a los consejeros en la sesión inicial de cada período anual. (...)" (art.1º).

"El Pleno quedará válidamente constituido cuando se hallen presentes un mínimo de ocho de sus miembros, de los que seis deberán ser consejeros electivos, con asistencia del presidente o de quien reglamentariamente le sustituya. (...)" (art. 4º).

"La Comisión Permanente del CF (...) se reunirá, cuando menos, una vez al mes, y además cuantas lo estime oportuno el presidente por la entidad o urgencia de los asuntos a resolver. (...)" (art. 8º).

"La Comisión Permanente quedará válidamente constituida cuando se hallaren presentes un mínimo de tres de sus miembros, de los que dos deberán ser consejeros electivos, con asistencia del presidente o del Teniente Fiscal Supremo por delegación de aquél, o de quien reglamentariamente le sustituya. (...)" (art. 10).

### **c) Relaciones con el Fiscal General del Estado**

Si repasamos la reciente historia de las relaciones entre el Consejo Fiscal y el Fiscal General del Estado, hallaremos la crónica de un conflicto que parece permanente. Sin embargo, las cosas no han sido siempre así. El CF antecesor del actual, al que se refiere el EOMF de 1926 y que se desarrolló por última vez en el RMF de 1969, era muy diferente. En cuanto a su composición, se conformaba por cuatro vocales: el Teniente Fiscal del TS, el Inspector Fiscal, el Fiscal de la Audiencia de Madrid y el Abogado fiscal más antiguo del TS<sup>12</sup>. Su presidente era el Fiscal del mismo tribunal. En cuanto a sus funciones destacaban la de inspección (art. 22. 1º y 2º EOMF de 1926), sus informes no vinculantes para ascensos (art. 22. 3º, 4º y 5º) y la de velar por el prestigio de todos los funcionarios fiscales. Para la mayor efectividad de esta última función, el CF podía constituirse en Tribunal de Honor que juzgaba la conducta de cualquier funcionario fiscal por actos u omisiones que no tuvieran sanción expresa en las leyes penales (art. 23).

El CF que se dibujaba en el Proyecto de ley del actual Estatuto supuso un cambio importante en cuanto a la situación anterior, cambio que se acentuó tras los debates parlamentarios. Sus funciones salieron fortalecidas. Se puso el acento en cuestiones de

---

<sup>12</sup> Fue sustituido por el Fiscal General más antiguo del TS, en el RMF de 1969.

carácter organizativo: plantilla orgánica, resolución de expedientes disciplinarios, incompatibilidades, nombramientos, ascensos, etc..., Es decir, se creo un modelo de Consejo con competencias en materia de gobierno del propio MF, de la institución. Pero, téngase bien presente, que todas estas competencias, con excepción de una - la relativa a ascensos (art. 13.2ª EOMF)- son no decisorias. El Consejo informará al FGE, con carácter no vinculante, por mandato legal. Y el modo de entender esta legalidad es el lugar donde nacen las tensiones entre el FGE y el CF. Aunque a pesar de los esfuerzos de numerosos grupos parlamentarios no se consiguió dotar al Consejo del status de órgano de autogobierno con las atribuciones de competencia decisorias, necesarias al efecto<sup>13</sup>, la mayoría de

---

<sup>13</sup> Es significativa al respecto la motivación de la enmienda nº 40 del grupo Comunista al art. 11 del Proyecto según la cual: La nueva concepción del MF y el entendimiento democrático de los principios que presiden su actuación obliga a replantear la constitución y funcionamiento de los órganos del MF, para garantizar que los miembros de éste puedan participar, a través de organismos colegiados y representativos en la dirección y gobierno de la institución.(...). La participación democrática de la carrera fiscal debe asegurarse, en primer lugar, en la más alta instancia colegiada de gobierno, cual es el Consejo Fiscal... Al mismo tiempo, deben confiársele unas amplias funciones de gobierno -comprendidas las de inspección y disciplinarias- que satisfacen la necesidad de articular la inserción del MF en la Administración del Estado con un proceso democrático de autogobierno de aquella institución". También es interesante, desde ese mismo punto de vista, la justificación, que de su enmienda nº 218, hace el grupo Coalición democrática: se "refleja una aspiración hondamente arraigada en el MF... Nos parece necesaria la democratización interna del MF, no solamente porque la Constitución debe proyectar su espíritu sobre toda estructura social y, en especial, sobre las que forman parte de un poder estatal, sino también por la mayor racionalidad intrínseca y eficacia de una organización democráticamente articulada. Esta aspiración es la que lleva, de una parte, a poner buena parte del gobierno del MF en un órgano colegiado, y, de otra, a configurarlo como cuerpo representativo de todas las categorías del MF". Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. Trabajos Parlamentarios, edición dirigida por LOPEZ GARRIDO,



fiscales, y en especial los que constituyen el CF no han renunciado a ello. Buena muestra son las declaraciones del portavoz de la Asociación de Fiscales quien al ser preguntado sobre si el FGE escuchaba al CF contestó que oírle, le oía a menudo, pero que no le escuchaba, pues hacía propuestas y tomaba decisiones totalmente al margen de lo que en el Consejo se decía. Lo cual, aún siendo legal, era muy indicativo de su actitud irrazonable y contraria a lo que debiera ser la relación entre el FGE y el máximo órgano de la carrera<sup>14</sup>.

En nuestra opinión ni en CF es el máximo órgano de la carrera, ni es un órgano de autogobierno. El Estatuto lo considera un órgano de asistencia, al mismo nivel que la Junta de Fiscales de Sala, la Secretaría Técnica y la Inspección Fiscal, que por la clase de competencias que tiene atribuidas asiste al FGE en cuestiones de gobierno.

El hecho de que su composición sea la más representativa de la carrera frente a la de los otros órganos de apoyo, no es suficiente argumento para convertirlo en órgano de autogobierno, pues no puede tomar decisiones políticas vinculantes, debiendo permanecer

---

Madrid, 1984, págs. 59, 60 y 119.

<sup>14</sup> Entrevista publicada en el diario "A.B.C" el día 10 de enero de 1993, pág. 15. En el mismo sentido indicado en el texto pueden entenderse también las declaraciones del Fiscal Jefe de Sevilla respecto a nombramientos efectuados por la Fiscalía General del Estado: "... realmente parece un poco preocupante que una votación tan decisiva y unánime como fue la del CF no se haya tenido en cuenta". Extraído del diario "Las Provincias", 8 de julio de 1992, pág. 9.

a expensas -con la salvedad hecha en cuanto a los ascensos- de lo que finalmente decida el FGE.

## **B) La Junta de Fiscales de Sala**

### **a) Composición**

El art. 14.2 EOMF dice que "la Junta de Fiscales de Sala se constituirá, bajo la presidencia del FGE, por el Teniente Fiscal del TS, los Fiscales de Sala, el Inspector Fiscal, Fiscal de la AN y el Fiscal de la Secretaría Técnica que actuará de Secretario".

El contenido de este artículo suscita tres comentarios.

En primer lugar no se incluye entre los miembros de la Junta de Fiscales de Sala al Fiscal Togado. No parece que pueda ponerse en duda su condición de tal puesto que la Fiscalía Togada no es más que una Sección de la Fiscalía del TS.

En segundo lugar el término "Inspector Fiscal" debiera ser sustituido por el de "Fiscal Inspector" (art. 15 EOMF), a fin de no utilizar duplicidad de denominaciones para designar un mismo cargo.

En tercer y último lugar, cuando el artículo 14.2 habla de "los Fiscales de Sala", induce a equívoco. Efectivamente, dicha expresión no debe entenderse referida a los Fiscales pertenecientes a la categoría primera, sino sólo a los

destinados en la Fiscalía del TS. Por lo tanto habría sido más correcto hablar de "Fiscales de cada Sala del TS" que incluye al: Fiscal Jefe de la Sala de lo Civil, Fiscal Jefe de la Sala de lo Penal, Fiscal Jefe de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Fiscal Jefe de la Sala de lo Social y Fiscal Jefe de la Sala de lo Militar (también llamado Fiscal Togado).

Refiriéndose al carácter centralista de este órgano propone GRANADOS CALERO<sup>15</sup> una reforma que permitiese la creación de Juntas de Fiscales en cada Comunidad Autónoma con idénticas competencias o complementándolas con la de resolver disciplinariamente los expedientes incoados a los funcionarios de la Oficina del Fiscal y a los propios miembros de la carrera que sirvieran destinos en el territorio de la Comunidad Autónoma, con posterior recurso del sancionado ante el Pleno del Consejo Fiscal.

#### **b) Competencias y funcionamiento**

Según el art. 14.2 párrafo 2º EOMF "La Junta asiste al FGE en materia doctrinal y técnica, en orden a la formación de los criterios unitarios de interpretación y actuación legal, la resolución de consultas, elaboración de las Memorias y circulares, preparación de los proyectos e informes que deban ser elevados al Gobierno y cualesquiera otras, de naturaleza

---

<sup>15</sup> Ob. cit. nota anterior, págs. 363 y 364.

análoga, que el FGE estime procedente someter a su conocimiento y estudio".

Vemos pues que la Junta de Fiscales de Sala es un órgano de apoyo del FGE en cuestiones técnico-jurídicas.

GRANADOS CALERO, F.,<sup>16</sup> refiriéndose a la formación de los criterios unitarios dice que su significado es ambivalente, pues si de una parte el criterio mayoritario e incluso unánime de los más significados miembros de la cúpula del MF, transmitido al FGE puede comportar la unificación "desde abajo" de las concretas posibilidades interpretativas de la normativa legal, de otra parte refuerza la función unificadora que compete expandir al mismo FGE, bien aceptando las conclusiones de su máximo órgano de asistencia, bien rechazándolas o sustituyéndolas parcialmente por los criterios que considere más adecuados a la política legislativa del Gobierno. En este caso la unificación interpretativa vendría dada "desde arriba" y en ejercicio de las competencias reservadas por el art. 22.2 al máximo representante del MF la función unificadora que compete expandir al FGE.

En cuanto al funcionamiento de la Junta de Fiscales de Sala no existe referencia alguna al mismo en el articulado del Estatuto. Por otro lado no ha habido normativa de desarrollo que aludiera al tema. Así las cosas se hace necesario acudir al RMF de 1969 en

---

<sup>16</sup> Ob. cit. nota anterior, pág. 119.

aplicación de lo dispuesto en la DF 2ª EOMF.

El art. 120 RMF alude a la existencia de tres tipos de Juntas entre las cuales está la de Fiscales Generales. Estos fiscales poseían dotación y honores de Magistrados del TS (art. 10.1.2ª) como en la actualidad sucede con los Fiscales de Sala del mismo órgano jurisdiccional y constituían igualmente la primera de las categorías de la carrera fiscal. Las funciones de estas Juntas de Fiscales Generales se centraban en el mantenimiento de la unidad y dependencia del MF mediante instrucciones generales, circulares, resolución de consultas, etc., orientación general de la Memoria anual de la FTS y en la elaboración de estudios, informes de proyectos y sugerencia de modificaciones que sobre cuestiones en que intervenga el MF debieran ser elevados al Gobierno. Como puede apreciarse hay prácticamente identidad en las funciones de las antiguas Juntas de Fiscales Generales y la actual Junta de Fiscales de Sala.

Por todas las consideraciones anteriores nos parece que lo que sobre funcionamiento se dispone en el art. 120.2 RMF es perfectamente aplicable a la Junta de Fiscales de Sala. Así la Junta funcionará en pleno o por ponencias. Sobre cada asunto podrá designarse una ponencia que lo estudie y prepare para ser sometido al pleno de la Junta. Estas ponencias podrán ser o no unipersonales y quien las presida podrá requerir, con autorización del, ahora, FGE la colaboración de cualquiera de los Abogados Fiscales del TS o de cualquier funcionario en activo del MF. Las sesiones de la

Junta serán convocadas por su presidente, con expresión del orden del día y remisión a cada uno de sus componentes de una copia o extracto de los proyectos o puntos a considerar. Cada miembro de la Junta puede sugerir y proponer, con antelación a la jefatura, temas o cuestiones que a su juicio deban ser tratados en las sesiones sucesivas.

El secretario custodiará los documentos de trabajo de la Junta, dirigirá la actividad de los auxiliares y llevará un libro de actas donde se reflejen sucintamente los asuntos tratados y los informes elevados al FGE.

#### **c) Relaciones con el Fiscal General del Estado**

Las relaciones entre la Junta de Fiscales de Sala y el Fiscal General del Estado son menos tensas que las que mantiene el Jefe Supremo del MF con el Consejo Fiscal.

El antecedente de la actual Junta de Fiscales de Sala se encuentra, como hemos puesto de manifiesto en el apartado anterior, en la Junta de Fiscales Generales. También en ese apartado nos hemos referido a la identidad en las funciones y en la composición entre ese órgano y el actual.

La Junta de Fiscales de Sala presta apoyo técnico-jurídico al FGE. De un lado el carácter más neutral de sus funciones de asistencia y de otro su composición, no representativa de toda la institución sino de una parte muy reducida de la misma (los Fiscales de Sala de TS que en la actualidad son 13, frente a los 1261

miembros del MF que en la actualidad constituyen la segunda y tercera categoría conjuntamente)<sup>17</sup>, hace de la Junta de Fiscales de Sala un órgano menos problemático. Parece haber mutuo acuerdo entre las funciones que la ley le encomienda y las que los propios fiscales piensan que debe desempeñar.

Existe sin embargo una competencia del órgano que estudiamos que ya en más de una ocasión ha suscitado polémica. En referencia a la cláusula de conciencia que el Estatuto prevé para el fiscal que recibiere una orden que considere ilegal o improcedente se establece que, si la orden procediese del FGE éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala.

Aquí vuelve a repetirse el problema que veíamos al analizar las relaciones entre el FGE y el Consejo Fiscal. La dicción legal es clara. La audiencia de la Junta de Fiscales de Sala no posee carácter vinculante. De otro modo el Estatuto lo habría especificado. Sin embargo, cuando en la práctica el FGE se ha apartado de la opinión mayoritaria o unánime de la Junta, las críticas no se han hecho esperar. Sucedió por ejemplo, cuando el FGE ordenó, mediante escrito fechado el 21 de febrero de 1992, a la Fiscalía de Castellón no ejercer la acusación contra el Presidente de Endesa como

---

<sup>17</sup> Hubo sin embargo intentos de hacer más representativo este órgano como por ejemplo, la enmienda nº 100 del Grupo Andalucista al texto del Proyecto de Ley del Estatuto (art. 11.2), que proponía, en aras de hacer más representativa y democrática la Junta de Fiscales de Sala, la inclusión de un Fiscal de Tribunal Superior de Justicia y un Fiscal de Audiencia Territorial no necesariamente de la de Madrid y la exclusión del Fiscal de la Audiencia Nacional.

presunto responsable de un delito ecológico. Con motivo de ello la Unión Progresista de Fiscales envió a la prensa un comunicado en el que lamentaba profundamente tal escrito "toda vez que aunque la citada orden se ajusta estrictamente a la legalidad, el hecho de que haya sido dictada contra el parecer unánime de la Junta de Fiscales de Castellón y contra la opinión, abrumadoramente mayoritaria, de la Junta de Fiscales de Sala, no se compadece (...) con la necesaria potenciación democrática de los órganos colectivos del MF..."<sup>18</sup>. De esta potenciación democrática, ni la Constitución, ni en el Estatuto hablan, por lo que aunque pueda reputarse como una aspiración legítima de los fiscales no puede reprocharse el cumplimiento estricto de la legalidad oponiéndole consideraciones que a su vez, la legalidad misma no contempla.

### **C) Otros órganos de apoyo**

#### **a) La Inspección Fiscal**

Según el art. 22.2 EOMF al FGE corresponde la Inspección del MF. Sin embargo por razones de índole práctica es muy difícil que el FGE pueda cumplir todas las obligaciones que una correcta inspección supone (control del cumplimiento del deber de residencia, del uso de permisos, licencias y vacaciones, de las carencias materiales y

---

<sup>18</sup> Publicado en la Revista U.P.F., nº1, marzo 1992, sin número de página.



personales que cada órgano fiscal tiene para procurar su remedio, etc..). Por ello existe la Inspección Fiscal constituida por un Fiscal Inspector, un Teniente Fiscal Inspector y los Inspectores Fiscales que se determinen en la plantilla. Dicho órgano ejercerá con carácter permanente sus funciones por delegación del FGE, sin perjuicio de las funciones inspectoras que al Fiscal Jefe de cada Fiscalía corresponden respecto a los funcionarios que de él dependen (art.15 EOMF).

En cuanto a sus competencias el Estatuto nada dice de cuáles deban ser las propias de la Inspección Fiscal por lo que la remisión al RMF es forzosa.

Según el art. 159 RMF la Inspección tiene por objeto:

1º El conocimiento de la regularidad con que funcione el MF.

2º El de las prácticas generales que en las Fiscalías se siguen para el despacho y curso de los asuntos en los que deba intervenir el MF.

3º El de las condiciones, aptitudes y conducta de los funcionarios Fiscales.

4º El examen de las quejas que se produzcan sobre el modo de proceder los funcionarios Fiscales.

A esto hay que añadir lo dispuesto en las Disposiciones

complementarias del RRICF, a saber: "en tanto no se acuerde otra cosa, la Inspección Fiscal servirá de órgano de apoyo al Consejo y a su Comisión Permanente proporcionándoles los antecedentes e informes necesarios para la documentación y fundamentación de las propuestas y deliberaciones, y custodiando, en coordinación con el Secretario del Consejo, la documentación y archivo del mismo".

El art. 15 EOMF remite al reglamento en cuanto a la forma en la que deben desarrollarse las funciones de la Inspección Fiscal.

La Inspección se hará por comunicaciones o por medio de visitas; la primera será permanente y se practicará conforme a las disposiciones generales o especiales que dicte el, ahora, FGE, o por su delegación, el Inspector Fiscal (art. 160 RMF).

Las visitas serán ordinarias y extraordinarias; aquéllas podrán hacerlas el FGE, y por su delegación el Inspector Fiscal (art. 161 RMF), y comprenderán los extremos que el art. 163 RMF expresa. Respecto a las extraordinarias, tendrán la extensión y alcance fijados en el acuerdo al practicarlas.

De las visitas se redactará una memoria expresiva del resultado y de las determinaciones adoptadas, exponiendo, además, cuanto se juzgue oportuno para la mejora de los servicios, haciendo con carácter reservado todas aquellas observaciones que por su índole lo requieran (art. 164 RMF).

La facultad de disponer visitas extraordinarias y la de conocer y

resolver sobre las memorias de visita que, en virtud de los arts. 161 y 164 RMF, respectivamente, se atribuían al antiguo CF no pueden mantenerse en la actualidad<sup>19</sup>.

#### **b) La Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado**

El FGE dispone aún de otro órgano de asistencia cual es la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado. Está compuesto por un Fiscal de la categoría primera (art. 35 F EOMF), que es su Jefe, y los Fiscales que establezca la plantilla que deben pertenecer a la categoría segunda (art. 35.3 EOMF).

En cuanto a sus competencias el art. 16 EOMF dice que la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado realizará los trabajos preparatorios que se le encomienden en aquellas materias en las que corresponda a la Junta de Fiscales de Sala asistir al FGE, así como cuantos otros estudios, investigaciones e informes estime éste procedente.

El art. 122 RMF especifica más las funciones de esta Secretaría al decir que a ella corresponde "recopilar la doctrina expuesta en las Memorias, circulares e instrucciones de la Fiscalía del TS para su utilización constante por todos los funcionarios del MF; preparar los antecedentes necesarios para la confección de las Memorias anuales de la Fiscalía y los que sean convenientes para la redacción de

---

<sup>19</sup> Véase al respecto lo dispuesto en el art. 14.1 EOMF y en los arts. 3º y 4º del RD 437/1983 regulador de la constitución y funcionamiento del CF.

circulares e instrucciones generales; ordenar por conceptos el contenido de los acuerdos de las Juntas de la Fiscalía del TS para su utilización constante en la propia Junta; la formación de ficheros legislativos, jurisprudenciales y bibliográficos con las anotaciones necesarias para su adecuada utilización; preparar los datos convenientes en orden a los estudios de derecho comparado y de doctrina en materias que afecten al MF; realizar las funciones de colaboración que el Fiscal del TS le asigne, especialmente en las materias en las que convenga adoptar criterios de unidad para el MF, y cualesquiera otras que en el cumplimiento de su función pueda atribuirle el Fiscal del TS (...)".

Como puede observarse la función de este órgano de asistencia es de carácter técnico-jurídico pero no exenta de connotaciones de política del MF, fácilmente encuadrables en su competencia respecto a materias en las que convenga adoptar criterios de unidad para la institución. Por ello, según se dispone en el art. 36.4 EOMF los destinos en la Secretaría se cubrirán directamente por el propio FGE, lo que ha permitido adjetivar a este órgano como de "especial confianza"<sup>20</sup>.

### 3. Las Fiscalías

Junto al FGE y a sus órganos de apoyo aparecen, completando el organigrama de la institución, las Fiscalías. Se trata de unidades

---

<sup>20</sup> Según expresión de ALAMILLO CANILLAS, F., cit., pág. 87.

de trabajo en las que éste se distribuye entre los distintos fiscales.

Cabe distinguir dos grupos: las centrales y las periféricas. Las primeras tienen competencias específicas y diferenciadas las unas de las otras. Ejercen sus funciones en todo el territorio nacional y su sede está en Madrid. Son: la Fiscalía del TS, la Fiscalía ante el TC, la Fiscalía del TCu, la Fiscalía de la AN y la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas. Las segundas tienen competencias comunes pero están adscritas a una determinada circunscripción inferior a la de la nación. Se trata de las Fiscalías de los TSJ de las Comunidades Autónomas (17) y las Fiscalías de las AP (33), tienen su sede donde residan los respectivos Tribunales y Audiencias y ejercen sus funciones en el ámbito territorial de los mismos (art. 19 EOMF).

En cuanto a su composición la Fiscalía del TS bajo la jefatura directa del FGE se integrará, además, con un Teniente Fiscal, los Fiscales de Sala y los Fiscales que se determinen en la plantilla (art. 17 EOMF). La Fiscalía ante el TC bajo la dirección del FGE, estará integrada por un Fiscal de Sala y los Fiscales que determine la plantilla" (art. 18.1 EOMF).

La Fiscalía de la AN, las Fiscalías de los TSJ y las de las AP están integradas por un Teniente Fiscal y los Fiscales que determine la plantilla, bajo la jefatura directa del Fiscal respectivo (art. 18.1 EOMF).

La Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas está integrada por un Fiscal de Sala, un Teniente

Fiscal de la categoría segunda y por los Fiscales que determine la plantilla, que podrán pertenecer indistintamente a las categorías 2ª y 3ª, bajo la dirección del FGE (art. 18.1 EOMF).

La Fiscalía del TCu se rige por lo dispuesto en el art. 27 de la LO 2/1982 de 12 de mayo, del TCu; está bajo la dependencia del FGE y la integran un Fiscal y Abogados Fiscales.

El esquema organizativo de todas las Fiscalías se apoya en la existencia de un Fiscal Jefe, un Teniente Fiscal y los Fiscales que establezca la plantilla.

#### **A) El Fiscal Jefe**

En cada Fiscalía hay un miembro de la carrera fiscal que ostenta el título de Fiscal Jefe y a él corresponde la dirección y jefatura de la fiscalía respectiva. En el TS es el FGE quien desempeña este puesto de trabajo (art. 17 EOMF).

El nivel orgánico de cada Fiscalía determina la categoría que debe tener su Fiscal Jefe. Así según el art. 35 EOMF será preciso pertenecer a la categoría primera para servir los siguientes destinos: C) Fiscal Jefe de la Fiscalía ante el TC, D) Fiscales Jefe de la AN y del TCu, G) Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas. La plantilla orgánica fija la categoría necesaria para servir los restantes destinos de Fiscal Jefe.

El art. 18 EOMF recoge las funciones de los Fiscales Jefe de cada órgano incluyendo un apartado genérico según el cual

corresponden a estos fiscales las demás facultades que el Estatuto u otras disposiciones les confieran.

Examinando, pues, el EOMF descubrimos otras funciones que también son competencia del Fiscal Jefe de cada órgano, como las recogidas en los artículos 23, 24, 25, 26 y 28. Los arts. 67 y 68 EOMF constituyen una concreción de la facultad de ejercer la potestad disciplinaria que les reconoce el art. 18 EOMF.

Fuera del EOMF encontramos también reguladas otras facultades. Así en el RD 1050/1987, de 26 de junio, se prevé que la aplicación del régimen de provisión temporal sea acordada por el Ministerio de Justicia, a petición del FGE, previo informe del Fiscal Jefe de la Audiencia a que correspondan las vacantes (art. 2º). En el mismo RD se determina que para que los Fiscales sustitutos puedan desempeñar sus funciones en régimen de actuación continua se precisará certificación expedida por el Fiscal Jefe, expresiva de la vacante que ocupen o de la ausencia justificada que motive su intervención (art. 9º).

En el RD 437/1983, de 9 de febrero, se dispone que los Fiscales Jefes deberán notificar inmediata y formalmente a todos los miembros de sus fiscalías las listas de los candidatos a vocales del CF y la fecha de la votación, dando cuenta telegráfica a la Junta Electoral de haberlo efectuado (art. 28).

En cuanto al nombramiento de los Fiscales Jefes hay que decir que es discrecional, a tenor de lo dispuesto en los arts. 13 y 36.1 EOMF.

La remoción tiene el mismo carácter: "(...) los Fiscales Jefes de los respectivos órganos podrán ser removidos por el Gobierno a propuesta del FGE, que deberá oír previamente al Consejo Fiscal y al interesado" (art. 41 EOMF).

## **B) El Teniente Fiscal**

El segundo puesto dentro de cada Fiscalía lo ocupa el Teniente Fiscal.

Así se dispone en el art. 17 EOMF para la Fiscalía del TS y en art. 18 para las demás Fiscalías, exceptuándose la Fiscalía ante el TC, respecto de la cual no se menciona al Teniente Fiscal. Sin embargo, el RD 675/1989 de 9 de junio de plantilla del MF (art. 2) salva este error pues lo menciona expresamente.

Al igual que sucedía para el Fiscal Jefe, el nivel orgánico de cada Fiscalía determina la categoría que debe tener el Teniente Fiscal.

El Teniente Fiscal del TS debe pertenecer a la categoría primera (art. 35.1 EOMF). Las demás tenencias se servirán por Fiscales pertenecientes a la segunda categoría (art. 35.3 EOMF y RD 675/1989 de 9 de junio).

El art. 22.4 EOMF establece las funciones que debe llevar a cabo el Teniente Fiscal y que son sustituir al Jefe cuando reglamentariamente proceda y ejercer, junto con los Fiscales y por delegación de aquél, las funciones propias de la Fiscalía.

En cuanto al nombramiento hay que decir que existe junto a la designación discrecional la vía del concurso.



En efecto, la designación discrecional se utiliza para las tenencias de aquellas Fiscalías cuyo Jefe pertenezca a la categoría primera (art. 36.1 EOMF). Este mismo artículo añade, que también se proveerá de ese modo la tenencia de la Fiscalía Especial Antidroga. Este último añadido, producto de la nueva redacción que al artículo dio la ley 5/1988 de 24 de marzo, constituye una reiteración innecesaria, pues en esa Fiscalía ostenta la jefatura siempre un Fiscal perteneciente a la primera categoría (art. 35.1 G)

La vía del concurso se utiliza para las tenencias de las demás Fiscalías (art. 36.3 EOMF).

Los Fiscales nombrados para el cargo de Teniente Fiscal no pueden ser removidos discrecionalmente, aunque hubieren sido nombrados de ese modo. A diferencia de lo establecido en el art. 41 EOMF para los Fiscales Jefes.

### C) Los Fiscales

Los Fiscales constituyen el tercer escalón jerárquico en la organización de las Fiscalías, excepción hecha de la del TS en la que los Fiscales de Sala conforman este tercer escalón y el cuarto lo forman los Fiscales.

Antes de comenzar a hablar de ellos es conveniente examinar el tema de su nomenclatura, pues puede producir equívocos<sup>21</sup>.

Pueden distinguirse tres acepciones del término Fiscales.

---

<sup>21</sup> En este punto seguimos a ALAMILLO CANILLAS, F., ob. cit., pág. 113.

Con un sentido genérico se habla de fiscales para referirse a todos los miembros del MF. Así p.e. en los arts. 27.1 y 63.9 EOMF.

Con un sentido más restringido el término Fiscal aparece en el EOMF refiriéndose a una de las tres categorías que integran la Carrera Fiscal. En efecto, el art. 34 EOMF establece estas categorías que son: 1ª Fiscales de Sala del TS, 2ª Fiscales y 3ª Abogados-Fiscales.

Con una tercera significación aparece también el término Fiscales en el EOMF para referirse a un concreto destino o puesto de trabajo dentro de cada Fiscalía. Es a este tercer significado al que vamos a referirnos a continuación.

La existencia del puesto de trabajo correspondiente a los Fiscales se refleja en el art. 17 EOMF para el TS y en el art. 18 EOMF para el resto de Fiscalías.

El número de fiscales de cada Fiscalía dependerá de los que determine la plantilla en cada caso. En la fijación de plantillas se tienen en cuenta dos factores. A saber: la cantidad de órganos jurisdiccionales a los que haya de servir la Fiscalía y el número de asuntos que se inician anualmente y en los que debe de intervenir el MF. También debe tenerse en cuenta a qué categoría (segunda o tercera) se atribuyen las plazas previstas para esa Fiscalía. Esta atribución la realizan conjuntamente el EOMF (art. 35.3) y los RD de plantilla.

Las funciones de los Fiscales no aparecen definidas con detalle

en el EOMF. El art. 22. 4 establece que les corresponderá ejercer las funciones propias de la Fiscalía. Para saber cuáles sean estas funciones habrá que estar a lo que dispone con carácter general el art. 3 EOMF. La concreta ejecución de estas funciones vendrá determinada por el reparto de trabajo que efectúe el Fiscal Jefe de cada órgano (art. 18. 1 a EOMF).

En el RD 391/1989 de 21 de abril, por el que se regula el complemento de destino, aparece una figura que no se menciona en el EOMF: la del Fiscal coordinador. Se sitúa entre los Fiscales y el Teniente Fiscal, perteneciendo al grupo de aquéllos.

Parece que el citado RD no hizo más que consagrar positivamente una realidad ya impuesta, pues en las capitales en las que Juzgados y Audiencias no radicaban en los mismos edificios, las Fiscalías tenían oficinas en los dos sitios, lo que daba lugar a problemas de coordinación. Con el tiempo esto obligó a que en la oficina donde no tenía su despacho el Fiscal Jefe hubiera un Fiscal que, por delegación de aquél, se ocupase de controlar la buena marcha y funcionamiento de esa oficina.

Los Fiscales coordinadores se introducen para los TSJ y las AP (art. 4 RD 391/1989). La DT Primera 1ª del mismo RD establece, hasta tanto no entre en vigor el RMF, unas reglas para el cómputo y ocupación de las plazas de Fiscal coordinador. Por su parte, la regla 2ª dispone que los Fiscales coordinadores tendrán atribuidas tareas de coordinación, sin perjuicio de las demás funciones propias de la Fiscalía.

Debe distinguirse la figura del Fiscal coordinador de la que aparece en el RD 675/1989 de 9 de junio. Según su art. 5 el FGE podrá designar en cada CA un Fiscal como delegado para la coordinación de las actuaciones de las distintas Fiscalías o de los Fiscales designados en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, designación que podrá ser, con o sin relevación de sus otras funciones en la Fiscalía en que esté designado. Además los Fiscales así designados podrán ser removidos libremente.

Las diferencias entre ambas figuras son claras. En primer lugar se trata ahora de un solo Fiscal por cada CA. En segundo lugar sus tareas de coordinación quedan circunscritas a actuaciones referentes al narcotráfico. En tercer lugar puede ser relevado de sus funciones en la Fiscalía en que esté destinado. Y, por último, su designación y remoción la efectúa el FGE, pudiendo éste libremente no designar Fiscal de esas características si no lo considera necesario.

#### **D) Las Juntas de Fiscalía**

Atendiendo al dictado del art. 24 EOMF se celebrarán periódicamente en cada Fiscalía Juntas de todos sus componentes. Con el objetivo de mantener la unidad de criterios, estudiar los asuntos de especial trascendencia o complejidad o fijar posiciones respecto a temas relativos a su función.

La Instrucción nº1/1987, de 30 de enero, desarrolla la norma estatutaria provisionalmente, hasta tanto se publique el nuevo RMF y declara que las Juntas de Fiscalía son órganos esenciales para la

unificación de criterios en el ámbito territorial que ocupan y que en ellas se coordinan armónicamente el principio jerárquico, los planteamientos individuales y los métodos democráticos.

En cuanto a las competencias de la Junta el apdo. a) establece que "en cada Fiscalía se celebrarán Juntas para mantener la unidad de criterios, en especial en aquellas materias que no han sido objeto de instrucciones generales o sobre las que el MF no haya adoptado ya una práctica uniforme, estudiar los asuntos de especial complejidad, fijar posiciones respecto a temas relativos a su función u organización y al funcionamiento de la Administración de Justicia o cualesquiera otras que los Fiscales Jefes estimen conveniente someter a la misma".

El apdo. b) se refiere a los asistentes a la Junta, indicando que deben asistir todos los Fiscales, salvo aquéllos a los que las necesidades del servicio se lo impidan. En orden a conseguir la máxima asistencia se procurará celebrar las Juntas en los días y horas en los que el servicio ordinario de la Fiscalía lo permita.

El apdo. c) distingue dos tipos de Juntas: ordinarias y extraordinarias. Las ordinarias se celebrarán periódicamente. La determinación de cuál debe ser esa periodicidad depende fundamentalmente de la plantilla de cada Fiscalía. Los asuntos sometidos a deliberación serán los establecidos por el Jefe en el orden del día con dos excepciones: aquellos asuntos que propongan por escrito y antes del comienzo de la Junta, un quinto al menos de los Fiscales destinados en las Fiscalías y aquéllos otros que

proponga cualquiera de los asistentes a la Junta y el Fiscal Jefe acuerde someter a debate.

Las extraordinarias se convocan para resolver las cuestiones que por su urgencia o complicación se estime oportuno tratar antes. La convocatoria la hará el Fiscal Jefe, debiendo señalar expresamente el tema a debatir en esa Junta.

En cuanto a la documentación, actuará como secretario el fiscal más moderno de la plantilla, que levantará acta sucinta de lo debatido, haciendo constar en ella de forma expresa los acuerdos adoptados. Actuará como presidente de la Junta el Fiscal Jefe, que la dirigirá estableciendo el orden de los debates. A él corresponderá determinar cuando un asunto pueda considerarse suficientemente debatido y su posterior votación, si procede.

Los acuerdos de la mayoría de la Junta tendrán carácter de informe prevaleciendo después del libre debate el criterio del Fiscal Jefe. En los casos en que su opinión fuese contraria a la manifestada por la mayoría de los asistentes, debe elevar consulta a su superior jerárquico en la que se recogerán ambas opiniones. En tanto no se resuelva la consulta, el Fiscal Jefe puede imponer su criterio como norma de actuación bajo su responsabilidad. La pendencia de la consulta no podrá impedir el cumplimiento de los plazos procesales, cuando afecte a un proceso en tramitación.

Según señala el EOMF en su art. 24, en caso de discrepancia entre el FGE y la mayoría de los asistentes a la Junta de la Fiscalía del TS, y en los casos en que por su dificultad, generalidad o

trascendencia pudiera resultar afectada la unidad de criterio del MF, resolverá el FGE, oído el CF o la Junta de Fiscales de Sala.

El apdo. f) de la Instrucción señala que los acuerdos de las Juntas de Fiscalía se pondrán en conocimiento de los representantes de las Asociaciones de Fiscales, legalmente constituidas, cuando fuesen solicitados por éstas.

## II. MIEMBROS

Según el art. 32 EOMF la carrera Fiscal está integrada por las diversas categorías de Fiscales que forman un cuerpo único, organizado jerárquicamente.

La referencia a la formación de un cuerpo único tiene su explicación en la situación anterior. En efecto, existían entonces dos cuerpos distintos de funcionarios Fiscales: el cuerpo general del MF y el cuerpo especial de Fiscales Municipales y Comarcales. Esta irregular situación fue ya denunciada en su momento<sup>22</sup>.

El art. 34 EOMF especifica cuáles son actualmente las categorías de Fiscales:

1ª. Fiscales de Sala del TS, equiparados a Magistrados del Alto Tribunal. El Teniente Fiscal del TS tendrá la consideración de Presidente de Sala.

2ª. Fiscales equiparados a Magistrados.

3ª. Abogados-Fiscales equiparados a Jueces".

En cuanto a la primera categoría, téngase en cuenta que el ser Fiscal de Sala del TS no implica ejercer el cargo en la Fiscalía del Alto Tribunal. Así ocurre, por ejemplo, con alguno de los

---

<sup>22</sup> SERRA DOMINGUEZ, M., en RDP, 1979, pág 637: "Debemos censurar la división de dos Cuerpos distintos de unos mismos funcionarios, máxime si las disposiciones que les afectan no difieren sustancialmente. Juzgamos preferible la existencia de un único Cuerpo de funcionarios del MF, regidos por unas mismas disposiciones, y con amplias posibilidades de ascenso en lugar del sistema cerrado que rige actualmente en lo que respecta a los Fiscales Municipales...".



miembros de la Junta de Fiscales de Sala (art. 14.2 EOMF). Según el RD 982/1992, de 31 de julio, de plantilla, a la primera categoría pertenecen en la actualidad trece Fiscales de Sala.

En lo referente a la segunda categoría, la de Fiscal, y según el RD citado, existen hoy en día setecientos veintiún Fiscales, mientras que la tercera es engrosada por quinientos cuarenta Abogados-Fiscales.

La jerarquía de fuentes que utilizaremos para el estudio del estatuto de los fiscales será como sigue: en primer lugar el Estatuto, supletoriamente la LOPJ (DA 2ª), en tercer lugar el RMF en lo que no se oponga a la LOPJ y por último la legislación de funcionarios (LFCE y LMRFP, modificada por la ley 23/1988).

## **1. Adquisición de la condición de fiscal**

### **A) Requisitos**

Dispone el art. 43 EOMF que para ser nombrado miembro del MF se requerirá ser español, mayor de dieciocho años, doctor o licenciado en derecho y no hallarse comprendido en ninguna de las incapacidades establecidas en la presente ley.

Podemos así distinguir dos tipos de requisitos, los positivos y los negativos, ya que para ser nombrado miembros del MF es necesaria la concurrencia de los primeros y la ausencia de los segundos. Bien entendido que, tanto los unos como los otros, constituyen el mínimo básico de capacidad para aspirar a ser nombrado miembro del MF.

A este mínimo habrá que añadirle, para ingresar en la carrera Fiscal, la superación del sistema de selección consistente en la oposición y el curso en el CEJ.

Comencemos por examinar los requisitos necesarios para el nombramiento.

Entre los positivos y según el citado art. 43 EOMF se encuentran tres: 1º ser español, 2º mayor de dieciocho años y 3º ser doctor o licenciado en derecho.

En cuanto al requisito de la mayoría de edad, teniendo en cuenta que la carrera de derecho consta de cinco cursos académicos y que la edad media de ingreso en la Facultad está en torno a los dieciocho años, será difícil ser Fiscal antes de tener un mínimo de veintidós o veintitrés años, por lo que esta condición será un obstáculo fácil de salvar.

La referencia a la posesión de la licenciatura en derecho es en la actualidad redundante y lo fue también en el momento de promulgarse el EOMF. En ese momento, la obtención del grado de doctor en derecho iba ligada a la previa licenciatura en la misma carrera<sup>23</sup>. Posteriormente y tras la promulgación del RD 185/1985, de 23 de enero, no era necesario haber realizado la licenciatura en una carrera para obtener el grado de doctor en la misma, siendo suficiente estar en posesión de un título de Licenciado, Arquitecto

---

<sup>23</sup> Así lo daba a entender implícitamente el art. 21 de la Ley de 29 de julio de 1943, de Ordenación de la Universidad Española.

o Ingeniero relacionado científicamente con el programa de doctorado al que se desee acceder (art. 5 del RD). En aquel momento, paradójicamente, era posible ser fiscal sin ser licenciado en derecho.

Sin embargo, actualmente es necesario, como no podía por otro lado menos de ser, poseer la licenciatura en derecho para ser nombrado miembro del MF. Así lo dispone la Orden de 2 de agosto de 1991, por la que se regula el acceso al CEJ de los aspirantes a ingreso en la carrera Fiscal. Debe interpretarse el art. 43 EOMF a la luz de la citada Orden.

En lo concerniente a los requisitos negativos el art. 44 EOMF también los reduce a tres, a saber: 1º los que no tengan la necesaria aptitud física o intelectual, 2º los que hayan sido condenados por delito doloso mientras no hayan obtenido la rehabilitación y 3º los quebrados y concursados no rehabilitados.

Con respecto al primero de los requisitos opinamos con ALAMILLO CANILLAS, F.<sup>24</sup>, que por un lado, no son necesarias excepcionales facultades físicas para ser Fiscal y por otro, quizás hubiera sido más acertado hablar de incapacidad psíquica en vez de incapacidad intelectual. Si se está en posesión de este mínimo básico de capacidad se podrá ingresar en la carrera Fiscal tras la superación del procedimiento de selección.

El sistema de acceso a la carrera Fiscal se regula en la actualidad

---

<sup>24</sup> ALAMILLO CANILLAS, F., ob. cit., pág. 148.

en el EOMF, el RCEJ aprobado por RD 1924/1986, de 29 de agosto, la Orden de 2 de agosto de 1991 y, en cada caso, la Orden de convocatoria de la oposición.

El método utilizado es, como adelantábamos, doble: oposición y curso en el CEJ.

El programa y los criterios de la oposición serán análogos a los que se determinen para el ingreso en la carrera Judicial (art. 42 EOMF).

Finalizada la oposición<sup>25</sup> el Tribunal nº1 hará pública en el CEJ la lista definitiva de los opositores aprobados, y la remitirá a la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, en unión del expediente completo de la oposición. Quienes hubieran superado la fase de oposición ingresarán en el CEJ como funcionarios en prácticas, para realizar un curso teórico-práctico de selección, con sujeción al contenido y duración que se determinen en el plan de actividades del Centro.

Finalizado el curso se confeccionará por el CEJ la relación de alumnos que lo hayan superado y, ordenada conforme a la media obtenida en la oposición y en el curso de selección, será elevada al Ministro de Justicia para que disponga los oportunos nombramientos.

Los alumnos que no superen el curso en el CEJ podrán repetirlo en el inmediato siguiente, y si tampoco obtuvieren resultado

---

<sup>25</sup> Descripción del sistema de selección según la Orden de 2 de agosto de 1991.

satisfactorio quedarán definitivamente excluidos y decaídos en las expectativas de ingreso en la carrera Fiscal derivadas de las pruebas de acceso que hubieren aprobado.

#### **B) Juramento o promesa y toma de posesión**

Según el art. 45.1 EOMF la condición de miembro del MF se adquiere, una vez hecho válidamente el nombramiento, por el juramento o promesa, y la toma de posesión. Así pues, una vez superado el doble sistema de selección y tras realizarse válidamente el nombramiento, para adquirir la condición de miembro del MF es necesario el cumplimiento de dos requisitos: el juramento o promesa y la toma de posesión.

El juramento o promesa se presta "ante la Sala de Gobierno del TSJ a que hayan sido destinados" (art. 45.2 "in fine" EOMF). Debe entenderse que será el TSJ de la CA a que pertenezca la Fiscalía de destino.

Según la dicción del mismo artículo y por aplicación supletoria del art. 318 LOPJ, el juramento o promesa será como sigue: "Juro (o prometo) guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, lealtad a la Corona y desempeñar fielmente las funciones fiscales".

El juramento o promesa se hará sólo antes de la toma de posesión del primer destino, no siendo necesario cuando se produzca ascenso de categoría.

Con respecto a la toma de posesión dice el art. 45.3 EOMF que la toma de posesión tendrá lugar dentro de los veinte días naturales

siguientes a la publicación del nombramiento para el destino de que se trate, o en el plazo superior que se conceda cuando concurren circunstancias que lo justifiquen, y se conferirá por el Jefe de la Fiscalía o quien ejerza sus funciones.

No especifica el Estatuto a quien corresponde conceder la prórroga. Aplicando supletoriamente el art. 319.2 LOPJ y por analogía podemos concluir que el Ministerio de Justicia es el competente para concederla.

La toma de posesión se efectuará para todos y cada uno de los destinos y no sólo para el primero, como sucede con el juramento o promesa.

A pesar de que el plazo general sea de veinte días, cuando se cambie de destino dentro de la misma población se reducirá a ocho, tal y como establece el art. 319 LOPJ para los miembros de la carrera Judicial.

El FGE prestará ante el Rey el juramento o promesa que previene la ley y tomará posesión del cargo ante el Pleno del TS (art. 29.2 EOMF)

No habla el Estatuto de las consecuencias de no jurar o prometer y de dejar de tomar posesión. Habrá que acudir por lo tanto, a la regulación que se hace de este tema en la LOPJ, según la cual, la consecuencia en estos casos es la de la renuncia al cargo y a la carrera Judicial. Se entiende, aunque no lo diga expresamente la Ley, que para el primer destino, pues para los subsiguientes la falta de toma de posesión originará la renuncia al cargo, pero no a la

carrera.

Prevé asimismo la LOPJ la posibilidad de rehabilitación "si concurriere justo impedimento" (art. 323.1), y especifica que "el rehabilitado deberá presentarse a prestar juramento o promesa y posesionarse de su cargo en el plazo que se le señale, que no podrá ser superior a la mitad del plazo normal" (art. 323.2).

## **2. Disfrute de la condición de fiscal**

### **A) Derechos**

El estatuto jurídico de los miembros del MF se integra por un conjunto de derechos así como por una serie de deberes.

La mayoría de los derechos de los fiscales tienen su origen en la relación administrativa que les une al Estado, mientras que un reducido grupo de ellos tiene su origen en la especialidad de sus funciones (arts. 3, 4 y 5 EOMF).

Entre los primeros se encuentran:

- a) Derecho a ser nombrado fiscal una vez cumplidos los requisitos para ello y a tomar posesión.
- b) Derecho a figurar en el escalafón.
- c) Derecho al cargo y a la promoción en la carrera en las condiciones legalmente establecidas.
- d) Derecho a los honores que reglamentariamente se establezcan.
- e) Derecho a permisos, licencias y recompensas.
- f) Derecho a la retribución económica y a la seguridad social.

Parte del grupo de derechos que tiene su razón de ser en las especiales funciones que el EOMF encomienda a los miembros del MF podríamos calificarlo, por aproximación al estatuto judicial, de "inmunidad fiscal" y comprendería:

a) Detención: Los miembros de la carrera fiscal en activo no podrán ser detenidos sin autorización del superior jerárquico de quien dependan, excepto por orden de la autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito. En este último supuesto se pondrá inmediatamente el detenido a disposición de la autoridad judicial más próxima, dándose cuenta en el acto, en ambos casos, a su superior jerárquico (art. 56 EOMF).

b) Citación: Ningún miembro del MF podrá ser obligado a comparecer personalmente, por razón de su cargo o función, ante las autoridades administrativas, sin perjuicio de los deberes de auxilio o asistencia entre autoridades (art. 55 EOMF).

## **B) Deberes**

Los deberes de los miembros del MF se encuentran por un lado, expresamente recogidos en el EOMF (Tít. III, Cap. IV) y resto de su articulado. Por otro lado, pueden inducirse implícitamente de la tipificación de faltas que dan origen a responsabilidad de carácter disciplinario. Esto último justifica el tratamiento conjunto en esta sede no sólo de los deberes genéricos de los fiscales sino también de una de las tres clases de responsabilidad que establece el Estatuto cual es la disciplinaria.



Comencemos por los deberes que, como tales, aparecen formulados en el Estatuto.

a) El art. 48 establece el deber de fidelidad al cargo. Este deber es, en nuestra opinión, un deber resumen. Se trata de cumplir las funciones inherentes al cargo conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica y con sujeción, a los de legalidad e imparcialidad.

b) A continuación el art. 49 establece el deber de residencia en la población donde tengan su destino oficial y el de asistencia durante el tiempo necesario al despacho de la Fiscalía y a los Tribunales en que deban actuar. Sin embargo hay que tener en cuenta, en lo referente al deber de residencia, la posibilidad que establece el art. 370.2 LOPJ al permitir la exención de este deber por causas justificadas, siempre que la residencia en lugar distinto sea compatible con el exacto cumplimiento de las tareas propias del cargo.

c) El art. 50 dispone que los miembros del MF guardarán el debido secreto de los asuntos reservados de que conozcan por razón de su cargo. El tema del deber de sigilo profesional ha sido estudiado por PALOMAR OLMEDA<sup>26</sup> quien señala que este deber

---

<sup>26</sup> PALOMAR OLMEDA, A., ob. cit., págs. 262 y 263.

puede considerarse como básico dentro de la relación funcional ya que el ejercicio de funciones públicas da acceso a lo que modernamente se ha denominado como "información privilegiada", cuyo uso puede reportar importantes beneficios al funcionario y sobre todo puede colocar en situación de desventaja a quienes no pueden acceder a ella. Continúa hablando este autor de la distinción efectuada por GARCIA TREVIJANO entre deber genérico y deber específico de secreto. El primero se entiende como el que corresponde a todos los funcionarios por el hecho de serlo y respecto de cualquier materia a la que pudieran tener acceso por su condición de tales. Mientras que el denominado deber específico se plasma en no desvelar ninguna información previamente clasificada en virtud de la legislación reguladora de los secretos oficiales.

d) Otro deber de los fiscales es el de información a los superiores. Es un deber consecuencia de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Aparece reflejado en el art. 25 según el cual los miembros del MF pondrán en conocimiento del FGE los hechos relativos a su misión que por su importancia o trascendencia deba conocer. Esta puesta en conocimiento se realizará a través de superior jerárquico, a no ser que la urgencia del caso aconseje hacerlo directamente en cuyo supuesto se dará ulterior conocimiento al mismo.

e) Existen otros muchos deberes diseminados a lo largo del

articulado del Estatuto. Un bloque importante de ellos lo constituyen las funciones que, para el cumplimiento de las misiones establecidas en el art. 1 EOMF corresponden al MF y que aparecen detalladas en el art. 3.

f) Son asimismo deberes del MF: abstenerse de actuar cuando concurren las circunstancias legales que puedan hacer dudar de su imparcialidad (art. 28), el deber de actuación representativa (art.23) que es consecuencia del principio de unidad de actuación, etc.,

Como ya apuntamos al inicio completan el conjunto de los deberes de los fiscales, junto a los expresamente establecidos en el Estatuto, los que se inducen del régimen disciplinario. En efecto, la tipificación como tal de una falta, presupone en su origen la existencia de un deber del funcionario fiscal incumplido.

g) Las faltas que pueden cometer los miembros del MF, atendiendo a su gravedad, se clasifican en muy graves, graves y leves.

Por ejemplo el abandono o retraso injustificado y reiterado del desempeño de la función fiscal y la ausencia a los juicios y vistas señalados constituyen infracción del deber de asistencia. La ausencia injustificada del lugar de destino constituye infracción del deber de residencia. Otras faltas sancionan deberes consecuencia de los principios rectores del MF. Así el cumplimiento de las órdenes

recibidas y el respeto a los superiores jerárquicos van ineludiblemente unidos a los principios de dependencia jerárquica y de unidad. Existen, por último, otro tipo de faltas de las que se infieren deberes más genéricos pero igualmente exigibles. De este modo aparecen, como supuesto de falta muy grave la conducta irregular que comprometa la dignidad de la función fiscal<sup>27</sup>, como faltas graves, dejar de promover la exigencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que proceda a los secretarios y personal auxiliar subordinado, el exceso o abuso de autoridad respecto a ese mismo personal y respecto a los particulares que acudan a las Fiscalías en cualquier concepto<sup>28</sup> y las restantes infracciones de los deberes inherentes a la condición de fiscal establecidos en el Estatuto cuando merezcan la calificación de graves atendidas la intencionalidad del hecho, su trascendencia para la Administración de Justicia y el quebranto sufrido por la dignidad de la función fiscal<sup>29</sup>.

Como falta leve tenemos la simple recomendación de

---

<sup>27</sup> Esta falta constituye el equivalente administrativo de lo que se ha dado en llamar tipo penal "en blanco" o "abierto", pues para su aplicación habría que determinar previamente qué clase de conducta irregular puede comprometer la dignidad de la función fiscal o, al menos, dentro de que márgenes se movería el concepto de "conducta irregular" a esos efectos.

<sup>28</sup> Se observa aquí una gran similitud con el deber de trato correcto hacia los administrados establecido para los funcionarios en el art. 79 LFCE.

<sup>29</sup> Igualmente aquí habría que determinar previamente qué clase de intencionalidad, de trascendencia para la Administración de Justicia y de quebranto para la dignidad de la función fiscal merecen el calificativo de graves.

cualesquiera asuntos de que conozcan los Juzgados y Tribunales.

### **C) Responsabilidad**

En este apartado dedicado a la responsabilidad de los fiscales nos ocuparemos del estudio de tres, de las cuatro clases previstas legalmente. A saber: la civil, la penal y la responsabilidad civil del Estado por la actuación del MF, pues de la responsabilidad disciplinaria ya nos ocupamos en el apartado anterior y por la razones que allí expusimos.

El art. 60 EOMF dice así: "la exigencia de responsabilidad civil y penal a los miembros del MF y la repetición contra los mismos por parte de la Administración del Estado, en su caso, se regirá, en cuanto les sea de aplicación, por lo dispuesto en la LOPJ para jueces y magistrados". Así pues, en esta materia la regulación de la LOPJ no actúa como normativa supletoria sino que es directamente aplicable, en cuanto ello sea posible.

Como en toda norma jurídica en la de responsabilidad cabe distinguir entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Ahora bien, esta consecuencia no surge de una forma incondicionada sino que se hace depender en su ejercicio de las normas relativas a la organización judicial (competencia), al proceso (proceso adecuado en cada caso), a los presupuestos procesales (legitimación) y a la concurrencia de requisitos de admisibilidad de los actos procesales.

#### **a) Responsabilidad civil**

De la responsabilidad civil se ocupan los arts. 411 a 413 LOPJ<sup>30</sup>. El supuesto de hecho desencadenador de la consecuencia jurídica responsabilidad civil se da cuando en el desempeño de sus funciones los fiscales actúan con dolo o culpa que produzcan daños o perjuicios susceptibles de indemnización.

La culpa a que se refiere el art. 411 LOPJ debe entenderse como culpa grave, con exclusión de la leve. Ello se debe fundamentalmente a una razón de índole sistemática. El art. 296 LOPJ resultaría contradictorio del 411 si en la expresión "culpa" de éste último incluyésemos, junto con la grave, la leve<sup>31</sup>.

Las normas de las que se hace depender el nacimiento de la consecuencia jurídica son:

#### **a') Competencia**

Para conocer de las demandas de responsabilidad civil contra miembros del MF, la LOPJ sólo establece fuero especial de la Sala de lo Civil del TS para las que se dirijan, por hechos realizados en

---

<sup>30</sup> Así como para la responsabilidad civil de jueces y magistrados los artículos de la LOPJ deben entenderse completados por los de la LEC (arts. 903 a 918), la remisión del art. 60 EOMF es únicamente a la LOPJ por lo que las lagunas que puedan suscitarse deberán ser integradas con el RMF y la legislación de funcionarios.

<sup>31</sup> En cuanto a la calidad de la culpa hemos seguido los razonamientos de MONTERO AROCA, J., en Independencia y responsabilidad del juez, Madrid, 1990, págs. 201-203.

el ejercicio de su cargo, por el FGE y los Fiscales de Sala del TS (art. 56.2). Para el resto de miembros del MF no se encuentra en la LOPJ disposición alguna relativa a aforamientos privilegiados.

#### b') Proceso

El art. 412 LOPJ refiriéndose al proceso dice que será "el juicio que corresponda". Así, habrá que estar a la cuantía de los daños y perjuicios reclamados para determinar cuál sea el proceso adecuado. Debe tenerse en cuenta a qué la nueva redacción de los arts. 483, 484 y 486 LEC, dada por la LO 10/1992 de Medidas Urgentes para la Reforma Procesal.

En cualquier caso deberá acompañar a la demanda la documentación que especifica el art. 141 RMF, que interpretado a la luz de la LOPJ quedaría en síntesis así: a toda demanda de responsabilidad civil deberá acompañarse testimonio fehaciente

1º De la resolución que ponga término al asunto en que se suponga causado el perjuicio y

2º De las actuaciones que en concepto del demandante conduzcan a demostrar el dolo o culpa.

No se admitirá la demanda a la que no se acompañen los expresados testimonios. Dichos testimonios se pedirán al Tribunal en el que radiquen los autos y si transcurridos diez días no se hubieren entregado podrá la parte pedirlos al Tribunal que deba conocer de la demanda, el cuál hará al inferior las prevenciones oportunas o le reclamará los autos originales.

#### **c') Legitimación**

La legitimación se confiere, según el art. 412 LOPJ a la parte perjudicada y sus causahabientes.

#### **d') Requisitos de admisibilidad**

Para iniciar el juicio de responsabilidad es necesario:

1º Haber utilizado los recursos legales ordinarios para evitar o reparar los perjuicios que por la actuación del funcionario fiscal se hayan sufrido (art. 140 RMF).

2º Es asimismo necesario haber reclamado oportunamente en el proceso, pudiendo hacerlo (art. 413 LOPJ).

3º El proceso en que se suponga producido el agravio habrá de estar terminado por sentencia firme (art. 413.1 LOPJ).

4º La demanda deberá entablarse dentro de los seis meses siguientes a la firmeza de la sentencia o auto que haya puesto término al pleito o causa, transcurrido este término quedará prescrita la acción (art. 139 RMF).

En cuanto a los efectos de la sentencia que declara la responsabilidad civil hay que concluir a la vista del art. 413.2 LOPJ que no alterará la resolución firme recaída en el proceso en el que se produjeron los daños y perjuicios.

#### **b) Responsabilidad penal**

De la responsabilidad penal se ocupan los arts. 405 a 410 LOPJ.



El supuesto de hecho aparece reflejado en el art. 405 y se concreta en los "delitos o faltas cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo"

Las normas de la que se hace depender el nacimiento de la responsabilidad penal son:

a') Competencia

Se establece en la LOPJ (art. 57.2) la competencia de la Sala de lo Penal del TS para conocer de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el FGE y los Fiscales de Sala del TS. Según el art. 73.3 b) la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, como Sala de lo Penal, conocerá de la instrucción y el fallo de las causas penales contra miembros del MF por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al TS. Al margen de la diferente calidad del aforamiento, que para los fiscales del art. 57.2 comprende todas las causas penales, sin distinción, mientras que para los del 73.3 b) se refiere solamente a las generadoras de responsabilidad penal, el problema es qué sucede con la "franja intermedia" constituida por los fiscales pertenecientes a la categoría segunda y no vinculados en el ejercicio de sus cargos a Comunidad Autónoma alguna. Nos estamos refiriendo en concreto a los fiscales mencionados en el art. 35.3 EOMF, excepción hecha de los Tenientes Fiscales de Audiencias Territoriales, en la actualidad desaparecidos y del Fiscal Jefe de Audiencia Provincial, que desarrolla su actividad en una

## Comunidad Autónoma.

Carecería de sentido concluir que dicha "franja intermedia" no disfruta de aforamiento especial cuando sí que lo tienen otros miembros del MF pertenecientes a categoría inferior. Lo más sensato es pensar que nos hallamos ante un olvido del legislador y que lo correcto es atribuir la competencia para la responsabilidad penal de estos cargos a la Sala de lo Penal del TS.

### b') Proceso

El art. 410 LOPJ prevé que para el supuesto en que se incoe causa en virtud de querrela del ofendido o por ejercitarse la acción popular debe proceder un antejuicio, el cual aparece regulado en los arts. 757 a 778 LECrim. Aunque la existencia del antejuicio responde a razones objetivas y su subsistencia es razonable para jueces y magistrados, lo cierto es que opera efectivamente como un privilegio y como tal no debe entenderse aplicable a los fiscales<sup>32</sup>.

Así pues, el proceso a seguir será el correspondiente según el delito imputado, que se desarrollará por sus trámites normales.

---

<sup>32</sup> Efectivamente, no puede aplicarse extensivamente un privilegio como es el del antejuicio ya que caen fuera del ámbito de admisibilidad de la analogía las normas del llamado derecho excepcional, pues están establecidas contra "tenorem rationis" y no es posible apreciar fuera de los supuestos a los que en concreto se refieren la identidad de razón de que nos habla el art. 4.1 CC.

Recuérdese además, a mayor abundamiento, que la remisión que opera el art. 60 EOMF a la LOPJ se circunscribe al límite expresado en la coletilla "en cuanto les sea de aplicación".

### c') Legitimación

La legitimación para la responsabilidad penal es muy amplia. El juicio podrá incoarse por providencia del tribunal competente, en virtud de querella del MF, del perjudicado u ofendido o mediante el ejercicio de la acción popular. Asimismo la LOPJ alude al deber de poner los hechos en conocimiento del tribunal competente y se refiere al Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias y cualquier otra autoridad judicial. También se refiere la LOPJ a poner los hechos en conocimiento del MF aludiendo en este caso al CGPJ, Gobierno, a otro órgano o autoridad del Estado o de una Comunidad Autónoma.

### d') Requisitos de admisibilidad

Aunque el delito pueda perseguirse desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia del mismo, lo lógico será esperar a la resolución firme del proceso, pues a pesar de haberse realizado la conducta típica, dado que la decisión final depende del juez y no del fiscal, a la parte le será más práctico esperar a ver qué consecuencias ha llegado a tener el delito en la resolución final.

En cuanto a los efectos de la sentencia estimatoria de la responsabilidad penal de un miembro del MF, habrá que distinguir entre los efectos en su carrera y los efectos sobre el proceso en que se cometió el delito.

Los efectos en la carrera del fiscal dependerán de cuál sea el delito cometido, p.e. si el delito fue el de prevaricación el fiscal

incurrirá en la pena de inhabilitación especial (art. 359 CP).

Los efectos sobre el proceso en que se cometió el delito se circunscriben, a nuestro modo de ver, a la posibilidad de abrir el juicio de revisión y a las consecuencias de la sentencia absolutoria dictada en su virtud.

Nos parece que el motivo por el que tendría entrada la responsabilidad penal fiscal sería el nº 3 del art. 954 LECrim., según el cual: Habrá lugar al recurso de revisión contra las sentencias firmes cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o exacción, o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que los tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en causa seguida al efecto.

Cuando en virtud del recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos podrán pedir las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de éste de repetir contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos (art. 960 LECrim.).

### **c) Responsabilidad civil del Estado por la actuación del MF.**

Será sin embargo más provechoso para el perjudicado dirigirse contra el Estado en virtud de la responsabilidad directa y objetiva

que a éste compete en virtud del art. 106.2 CE, según el cual los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

A diferencia de los procesos hasta ahora estudiados en los que había de probarse el dolo o culpa, en el proceso a que nos referimos, los supuestos de actuaciones fiscales generadoras de lesión antijurídica<sup>33</sup>, generan una responsabilidad directa y objetiva de la Administración del Estado.

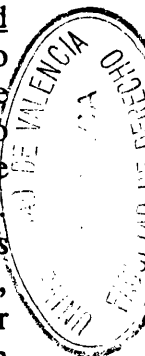
Esta responsabilidad estatal se produce por la posición de los miembros del MF<sup>34</sup>, que están incardinados en el sistema de la Administración de Justicia. Como sabemos todo lo relativo a Administración de Justicia es competencia estatal exclusiva (art. 149.1 5º).

Para que el daño sea indemnizable debe reunir cuatro requisitos:

---

<sup>33</sup> A este concepto se refiere GARCIA de ENTERRIA, en La responsabilidad patrimonial de la Administración, Capítulo XXI del "Curso de Derecho Administrativo", II, Madrid, 1981, pág. 337. En opinión de este autor, para que exista lesión resarcible se requiere que el detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de ese autor sea contraria a derecho, sino, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo. Al mismo concepto se refiere el art. 140.1 de la L 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC): "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley".

<sup>34</sup> En el mismo sentido GARCIA de ENTERRIA, ob. cit., pág. 344.



1- Ser efectivo

2- Ser evaluable económicamente

3- Estar individualizado con relación a una persona o grupo de personas

4- Ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos

El daño será efectivo cuando realmente se haya producido, esto es, no cumplirán este requisito los llamados daños eventuales o simplemente posibles, pero no actuales. Serán evaluables económicamente no sólo los daños patrimoniales, sino también los derivados del dolor físico, de la disminución de facultades y de las perturbaciones anímicas. El requisito de la individualización del daño indica que ha de tratarse de un daño concreto, residenciable directamente en el patrimonio del reclamante y que exceda, de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social. En ello va implícita una pauta de prudencia ya que determinadas lesiones patrimoniales, por razón de su generalidad, supondrían, en caso de ser indemnizadas, un desastre económico para la Administración<sup>35</sup>. En la actualidad estos tres requisitos vienen recogidos en el art. 139.2 LRJ-PAC. El cuarto requisito se especifica en el art. 139.1 de la ley citada y en el mismo texto constitucional (art. 106.2) y es la existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido.

---

<sup>35</sup> GARCIA de ENTERRIA, ob. cit., pág. 340.

Cumpléndose estos cuatro requisitos el daño es indemnizable.

En cuanto al cálculo de esta indemnización dispone el art. 141 LRJ-PAC que se hará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de lo dispuesto, respecto de los intereses de demora por la Ley General Presupuestaria.

Para conseguir la efectividad de esta responsabilidad a menos que la Administración actúe de oficio, lo que es más que improbable, el particular tiene ante sí en primer lugar la vía administrativa y, si no se viera satisfecho, siempre puede acudir a la judicial.

#### a') Vía administrativa

El procedimiento para exigir la responsabilidad estaba regulado en el art. 134 REF. Según este precepto la reclamación había de dirigirse al Ministro bajo cuya dependencia se encontrase el funcionario causante del daño, es decir, el Ministro de Justicia. Debían acompañarse las pruebas que el reclamante considerara oportunas para justificar la existencia de la lesión y su valoración.

Si la reclamación se dirigía contra la Administración del Estado, como es nuestro caso, era preceptivo el informe del Consejo de Estado. Su opinión carecía, sin embargo, de carácter vinculante para el órgano decisor. No obstante, si el Ministro decidía

apartándose del parecer del Consejo de Estado, correspondía resolver al Consejo de Ministros (art. 2.5 de la LO de 22 de abril de 1980, del Consejo de Estado). La resolución del Ministro, del Consejo de Ministros o su silencio dejaban expédita la vía jurisdiccional contencioso administrativa.

Decíamos que el citado art. 134 REF regulaba este procedimiento, porque es seguro que eso hacía hasta el 27 de febrero de 1993, fecha de entrada en vigor de la LRJAP y PAC. Esa ley dedica dos de sus artículos (arts. 142 y 143) a los procedimientos de responsabilidad patrimonial. En ellos se habla del establecimiento de un procedimiento general con inclusión de un procedimiento abreviado para los supuestos en los que iniciado el primero sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización. Este procedimiento abreviado permitirá reconocer el derecho a la indemnización en el plazo de treinta días.

En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

La disposición final de la LRJ-PAC autoriza al Consejo de Ministros a dictar cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo de dicha ley sean necesarias. En cumplimiento de esa DF se publicó



en el BOE el RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Las modificaciones que la ley enuncia son elemento nuclear de desarrollo en el Reglamento y se sintetizan en las siguientes:

1. Establecimiento del principio de exigencia directa de responsabilidad a las Administraciones públicas, que responden en todo caso de los daños causados por ellas mismas o por sus agentes.

2. Posibilidad de iniciación de oficio de los procedimientos

3. Sumisión al nuevo procedimiento de la responsabilidad derivada de la actividad de las Administraciones públicas tanto en relaciones de Derecho público como privado

4. La introducción de la posibilidad de indemnización en especie

5. La declaración de que las resoluciones de los procedimientos ponen fin a la vía administrativa y, por tanto, la improcedencia del recurso administrativo ordinario, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa y

6. El establecimiento del procedimiento abreviado.

#### b') Vía judicial

Contra la resolución administrativa o el silencio denegatorio cabe acudir a la vía judicial. Serán competentes los tribunales de lo contencioso-administrativo. El art. 3 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa así lo establece: "la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocerá de: ... b) Las

cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública;...".

El cauce procesal adecuado será el del recurso contencioso administrativo que procederá por aplicación de lo dispuesto en el art. 37.1 LJCA : " El recurso contencioso administrativo será admisible en relación con las disposiciones y con los actos de la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa, de conformidad con lo previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

El órgano competente para la instancia será la Audiencia Nacional, si el acto proviene del Ministro (art. 66 LOPJ) y el Tribunal Supremo, si proviene del Consejo de Ministros (art. 58.1º LOPJ). En el primer caso cabrá recurso de casación ante el Tribunal Supremo (art. 58.2º LOPJ).

La cobertura por la Administración de la responsabilidad del funcionario fiscal de manera objetiva y directa, tiene como finalidad última la garantía del ciudadano, aunque ello no excluya el derecho de la Administración a dirigirse contra el funcionario responsable, en vía de regreso<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> GARCIA de ENTERRIA, ob. cit., pág. 362, lo expresa así: "para dotar a ésta (a la garantía) de la mayor amplitud y eficacia la ley ha prescindido del tradicional régimen de responsabilidad administrativa subsidiaria cuando existe un autor material del daño (...) para afirmar, en su lugar, la responsabilidad directa de la Administración en todo caso, aunque articulando ésta de forma que no se convierta en una injustificada protección del funcionario. La Administración, que está obligada a indemnizar a la víctima si ésta se dirige contra ella, no lo está, en cambio, a

Como consecuencia de la remisión efectuada por el art. 60 EOMF a la LOPJ, la Administración repetirá contra el funcionario fiscal por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el Tribunal competente y siempre será parte en estos procesos el MF (art. 296 LOPJ).

### 3. Pérdida de la condición de fiscal

Una vez adquirida la condición de miembro del MF ésta se mantiene hasta que se produzca una de las causas que determinan su pérdida y que aparecen tipificadas en el art. 46.1 EOMF. Son las siguientes:

- a) Renuncia
- b) Pérdida de la nacionalidad española
- c) Sanción disciplinaria de separación del servicio
- d) Pena principal o accesoria de inhabilitación para cargos públicos.
- e) Haber incurrido en alguna de las causas de incapacidad.

Este mismo art. 46 en su nº 2 añade que "la integración activa en el MF cesa también en virtud de jubilación forzosa o voluntaria...".

Pasamos a examinar separadamente cada una de ellas.

---

soportar definitivamente sobre su patrimonio las consecuencias de ese pago, en cuanto que éste procede de un hecho que tiene un autor personalmente responsable, contra el que la ley la faculta para actuar, en vía de regreso, y exigirle de forma unilateral y ejecutoria, sin perjuicio de los recursos procedentes, el reembolso de la indemnización abonada".

## **A) Renuncia**

La renuncia a la condición de fiscal es un acto susceptible de ser encuadrado en el marco general de la renuncia de los derechos, que es aceptable sin más requisitos que los generales establecidos en el art. 6.2 CC, según el cual: "la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés ni el orden público ni perjudiquen a terceros".

Puesto que el EOMF nada más dice acerca de la renuncia, salvo su consideración como causa de pérdida de la condición de fiscal, será necesario suplir esta parca regulación acudiendo a la aplicación supletoria de la LOPJ. El art. 379.1 a) LOPJ establece que la condición de Juez o Magistrado se perderá por renuncia a la carrera judicial y añade que se entenderán incursos en este supuesto los previstos en los arts. 322 y 357.3.

El art. 322 se refiere al supuesto de negativa a prestar juramento o promesa y al de dejar de tomar posesión sin justa causa. De la dicción del 357.3 cabe deducir que se considerará como renunciante a aquél que permanezca más de diez años continuados en situación de excedencia voluntaria.

En conclusión, la renuncia puede revestir dos modalidades: expresa o tácita. Tácita cuando el funcionario se halle en alguna de las situaciones de los arts. 322 ó 357.3. En cualquier otro caso la renuncia deberá ser expresa.

Tanto para el supuesto de renuncia como para los de pérdida de la nacionalidad española y de sanción disciplinaria de separación de la carrera establece el art. 380 la posibilidad de rehabilitación a instancia del interesado. La rehabilitación se concederá por el CGPJ (para los fiscales será el Ministerio de Justicia) cuando se acredite el cese definitivo o la inexistencia, en su caso, de la causa que dio lugar a la separación, valorando las circunstancias de todo orden. Como dice FAIREN<sup>38</sup> la LOPJ contiene aquí dos motivos genéricos diferentes para promover la rehabilitación. Uno de carácter puramente "documental" (acreditación del cese definitivo de la causa) y otro una especie de "revisión" sobre la base de "nova" (la inexistencia de la causa).

El procedimiento de rehabilitación se formará con audiencia del interesado e informe del MF y de la Sala de Gobierno respectiva, sin perjuicio de las demás justificaciones que procedan y se resolverá por el Ministro de Justicia.

Si la rehabilitación se denegare no podrá iniciarse nuevo procedimiento para obtenerla en los tres años siguientes, plazo que se computará a partir de la resolución denegatoria inicial.

El fiscal que sea rehabilitado será destinado con arreglo a lo dispuesto en la LOPJ (arts. 368 y 369).

---

<sup>38</sup> FAIREN GUILLEN, V., Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, Madrid, 1986, pág. 364.

## **B) Pérdida de la nacionalidad española**

El art. 43 EOMF recoge como uno de los requisitos básicos para ser nombrado miembro del MF el de ser español. Este requisito no sólo es necesario para el acceso a la carrera sino que constituye además una condición indispensable para mantenerse en ella, de modo que la pérdida de la nacionalidad produce, como consecuencia, la pérdida de la condición de fiscal. No es preciso detallar aquí la legislación relativa a la nacionalidad. Baste con una remisión a los arts. del CC que regulan la materia (arts. 23 a 26).

## **C) Sanción disciplinaria de separación del servicio**

La sanción disciplinaria de separación del servicio es otra de las causas en virtud de las cuales se pierde la condición de fiscal.

Procede la imposición de esta sanción por la comisión de faltas calificadas como muy graves (art. 66 EOMF).

Son faltas muy graves, según el art. 62:

1. El incumplimiento de las órdenes recibidas en la forma establecida en el Estatuto.
2. La conducta irregular que comprometa la dignidad de la función fiscal.
3. La infracción de las incompatibilidades absolutas establecidas en la presente ley.
4. El abandono o el retraso injustificado y reiterado en el desempeño de la función fiscal.
5. La ausencia injustificada, por más de diez días, del lugar de

su destino, cuando no constituya delito.

**6. La reiteración o reincidencia en la comisión de faltas graves.**

Resulta llamativo constatar como para los miembros de la carrera judicial no establece la LOPJ una falta semejante a la del nº2. Nótese que para el legislador tal conducta por parte del juez no merece siquiera el moderado reproche de la falta leve.

El nº6 del mismo art. 62 establece una disyuntiva entre los términos reiteración y reincidencia. "Reiterar", según el Diccionario de la RAE, significa "volver a decir o ejecutar, repetir una cosa", mientras que "reincidir" quiere decir "volver a caer o incurrir en un error, falta o delito". A la vista de esto pensamos que el término "reincidencia" es el técnicamente correcto y por tanto la disyuntiva era innecesaria.

Habrà reincidencia cuando el fiscal cometa una falta grave y habiendo sido sancionado anteriormente por otras dos faltas graves, no hayan sido canceladas las anotaciones correspondientes (art. 417 nº7 LOPJ).

**D) Pena principal o accesoria de inhabilitación para cargos públicos.**

Como puede observarse, el Estatuto no especifica si la inhabilitación ha de ser absoluta o especial. Puesto que la ley no distingue tampoco ha de hacerlo el intérprete. Entendemos por tanto comprendidas en el término "inhabilitación" ambas modalidades. Tanto más cuanto el art. 379.1 d) LOPJ, aplicable supletoriamente y referido a la pérdida de la condición de juez o Magistrado, habla

de "inhabilitación absoluta o especial para cargo público".

Los efectos que conlleva la imposición de la pena de inhabilitación son, de un lado, la privación de todos los empleos y cargos públicos que tuviere el condenado, si es absoluta, o del empleo o cargo sobre el que recayese, si es especial (arts. 35.1 y 36.1 CP), y de otro lado, la incapacidad para obtener cargos públicos en general durante el tiempo de la condena, si es absoluta, o sólo otros análogos al de que se le priva, si es especial (arts. 35.3 y 36.2 CP).

Pensamos que, como sostiene parte de la doctrina penalista, la privación supone la perpetua extinción de la relación del sujeto con el cargo público, mientras que la incapacidad tiene una eficacia temporal limitada al tiempo de la condena. Por ello en el caso de pérdida de la condición de fiscal por imposición de esta pena no cabe la rehabilitación. No sólo porque la excluya el art. 380 LOPJ, sino también porque sería contrario a su misma naturaleza que implica, necesariamente, privación definitiva del cargo.

Será, sin embargo posible un posterior reingreso en la carrera fiscal una vez cumplida la condena, superando los procedimientos habituales de selección.

#### **E) Haber incurrido en alguna de las causas de incapacidad**

Causas de incapacidad son, según el art. 44 EOMF:

1. No poseer la necesaria aptitud física o intelectual,
2. Haber sido condenado por delito doloso mientras no se haya



obtenido la rehabilitación, y

### 3. Ser quebrado o concursado no rehabilitado.

Respecto a la primera de las causas de incapacidad ha de resaltarse el carácter temporal que debe revestir la pérdida de la capacidad, ya que si la incapacidad fuera de carácter permanente procedería la jubilación. A esta conclusión se llega por aplicación directa del Estatuto, que en su art. 46.2 refiriéndose a la jubilación dice que "se acordará por el Gobierno en los mismos casos y condiciones que se señalan en la LOPJ para los Jueces y Magistrados", con lo que hace una remisión, entre otros, al art. 385 de ese cuerpo legal.

Cuando un miembro del MF incurra en cualquiera de las causas de incapacidad enumeradas en el art. 44 EOMF debe caber la rehabilitación. Y ello, a pesar del tenor literal del art. 380 LOPJ.

En efecto, si se ha incurrido en la causa del art. 44.1 la incapacidad debe ser, como hemos dicho, de carácter temporal y si en el supuesto de incapacidad permanente cabe rehabilitación (art. 387.3 LOPJ), por el argumento "a fortiori" cabrá en este caso.

En el nº 2 el delito doloso de que se trate no podrá, en ningún caso, conllevar la pena de inhabilitación -por interpretación sistemática de las causas del art. 46- por lo tanto una vez extinguida la responsabilidad civil y penal derivada del delito desaparecerá esta causa de incapacidad para el ejercicio de las funciones fiscales. Con lo que tendremos que, o bien la persona podrá ser nombrada fiscal si cumple el resto de los requisitos y previamente a la comisión del

delito no había alcanzado tal condición, o bien podrá ser rehabilitado si anteriormente pertenecía a la carrera.

Con respecto al nº3 del art. 44 la argumentación es paralela: al obtenerse la rehabilitación del quebrado o concursado, éste deviene capaz, bien para ser nombrado fiscal, o bien para ser rehabilitado en su perdida condición.

#### **F) La jubilación**

La jubilación aparece como la última de las causas de la pérdida de la condición de fiscal. Su encuadre como tal nos parece indiscutible (art. 46.2 "in fine" en su remisión, entre otros, al 379 f) LOPJ). Sin embargo hay autores que consideran que no se trata de una causa de pérdida de la condición de fiscal sino de una "situación especial" que sólo hace cesar la integración activa en el MF<sup>39</sup>.

Existen dos modalidades de jubilación: forzosa y voluntaria. La diferencia entre ambas es que en la primera no se requiere la instancia de la parte interesada, mientras que en la segunda sí. En las dos es necesario el cumplimiento de determinados requisitos objetivos.

---

<sup>39</sup> Véase en ese sentido a ALAMILLO CANILLAS, F., ob. cit., pág. 168. No estamos de acuerdo con esa opinión. Las situaciones administrativas en la carrera fiscal deben acomodarse a lo dispuesto en la LOPJ (art. 47 EOMF). Al no existir en la fecha desarrollo reglamentario del Estatuto deberán aplicarse directamente los arts. 348 y ss. LOPJ. Y entre las situaciones administrativas de jueces y magistrados no aparece la de jubilación.

La jubilación forzosa puede decretarse por edad o por incapacidad permanente para el ejercicio de la función.

La jubilación forzosa por edad era hasta el 22 de noviembre de 1992 a la edad de sesenta y cinco años. Sin embargo con la entrada en vigor en esa fecha de la LO 7/1992, de 20 de noviembre, la jubilación forzosa de jueces y magistrados ha pasado de los sesenta y cinco a los setenta años.

En cuanto a la jubilación forzosa por incapacidad permanente para el ejercicio de la función, tiene como especialidad más relevante la posibilidad de rehabilitación, específicamente reconocida para este supuesto si se acredita la desaparición de la causa que motivó la jubilación (art. 387.3 LOPJ)<sup>40</sup>.

La regulación de la jubilación voluntaria la hallamos en el Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por RD nº 670/1987, de 30 de abril, cuyo art. 28.2 b) dice que puede declararse a instancia de parte siempre que el interesado tenga cumplidos los sesenta años de edad y reconocidos treinta años de servicios efectivos al Estado. A este supuesto debe añadirse el recogido en el punto 2 del nuevo art. 386 LOPJ que permite la jubilación voluntaria, además de en los supuestos legalmente previstos, a partir de los sesenta y cinco años siempre que así se hubiese manifestado al CGPJ (Ministro de Justicia, para los

---

<sup>40</sup> Si se compara el texto de este artículo con el del 380 LOPJ se comprobará la inexactitud de este último pues entre los apartados que enumera debió incluir el relativo a la jubilación.

fiscales), con seis meses de antelación.

#### **4. Situación de los fiscales no profesionales**

Junto a los fiscales que constituyen la carrera existe además un colectivo formado por los fiscales de provisión temporal, los fiscales sustitutos y los fiscales de paz, que prestan sus servicios en las Fiscalías para paliar los efectos de la existencia de vacantes o de la necesidad de realizar sustituciones, o bien, debido a la actividad del MF en los Juzgados de Paz. Sin embargo todos estos fiscales tienen en común el no pertenecer a la carrera y el prestar sus servicios con carácter temporal.

Con la promulgación del RD 1050/1987, de 26 de junio, se introdujo una nueva forma de proveer la insuficiencia de las fuerzas de trabajo de las fiscalías. Es la provisión temporal, que se establece para paliar la situación de las fiscalías con vacantes declaradas desiertas en sus plantillas y que, como explica la Instrucción 3/1987, de 11 de septiembre, da lugar a situaciones que se alargan durante años y que se agravan en ciertas fiscalías que al parecer no ejercen atractivo sobre los fiscales profesionales.

El régimen establecido para los abogados-fiscales de provisión temporal<sup>41</sup> es semejante al contenido para los jueces en el título IV del libro IV de la LOPJ (de los jueces en régimen de provisión

---

<sup>41</sup> El régimen se regula en los arts. 1 a 5 del RD 1050/1987 y en la Instrucción 3/1987, de 11 de septiembre, ambos deben entenderse aplicables a las AP y hoy, tras la desaparición de las Territoriales, también a los TSJ.

temporal).

En cuanto a los presupuestos para utilizarlo cabe distinguir tres, a saber:

1º Que en una determinada fiscalía exista una plaza desierta.

No basta con que exista una vacante, sino que es preciso que esa vacante haya salido a concurso de traslado, y por falta de solicitante idóneo, haya sido expresamente declarada desierta.

2º Que la plaza declarada desierta corresponda, en la plantilla de la fiscalía, a la categoría tercera, abogado-fiscal.

3º Que el Ministerio de Justicia autorice, a petición del FGE y previo informe del Fiscal Jefe de la Audiencia a que correspondan las vacantes, la utilización del sistema de provisión temporal para cubrir la plaza declarada desierta.

Tanto el informe, como la petición del FGE han de ser razonados, en cuanto a la necesidad y en punto al cumplimiento de los requisitos que hagan posible la provisión temporal, por lo que deberán contener expresión de:

- a) la vacante de que se trate
- b) su asignación en plantilla a la categoría requerida
- c) el concurso en que fue declarada desierta y
- d) la necesidad de utilizar este sistema.

Con carácter general el número de los fiscales en régimen de provisión temporal no podrá exceder de las vacantes declaradas desiertas.

En cuanto al nombramiento se hará por el Ministerio de Justicia,

previo informe del Fiscal Jefe de la Audiencia a la que correspondan las vacantes, mediante concurso público convocado por el Ministerio entre licenciados en derecho que reúnan los requisitos exigidos para el ingreso en la carrera fiscal (arts. 43 y 44 EOMF). El nº 2 del art. 3 del RD establece condiciones subjetivas de preferencia entre las que se encuentran ostentar el título de doctor en derecho, haber aprobado oposiciones a otras carreras del Estado en que se exija el título de licenciado en derecho y tener mejor expediente académico.

El art. 4 RD determina el régimen retributivo de estos fiscales que hay que entender derogado por los arts. 9 y 10 del RD 391/1989, de 21 de abril.

El nombramiento se hará por un año, aunque podrá prorrogarse por otro más, salvo que la plaza se cubra con fiscal titular.

Las causas del cese de los fiscales de provisión temporal son las siguientes:

- a) Transcurso del plazo para el que fueron nombrados
- b) Renuncia, aceptada por el FGE
- c) Resolución del Ministro de Justicia cuando incurrieren en alguna de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición establecidas en el EOMF o cuando dejaren de atender diligentemente los deberes del cargo, en ambos casos previa una sumaria información con audiencia del interesado y el Consejo Fiscal.
- d) Nombramiento de un fiscal titular para la plaza servida en

régimen de provisión temporal.

En la actualidad y con la entrada en vigor del RD 960/1990, de 13 de julio, los fiscales de provisión temporal y los fiscales sustitutos que desempeñen ininterrumpidamente la función durante más de un mes quedan integrados en el Régimen General de la Seguridad Social.

Del nombramiento de fiscales sustitutos nos hablan los arts. 6 y siguientes del RD 1050/1987, previéndose su existencia por "motivos extraordinarios" cuando los fiscales titulares no puedan sustituirse entre sí y ello conlleve la imposibilidad de simultanear sus actuaciones ante distintos órganos y servicios. Merece aquí hacerse siquiera sea un breve comentario respecto a la sustitución ordinaria de que habla el art. 6.

Efectivamente, y como pone de relieve, entre otros, ALAMILLO CANILLAS<sup>42</sup>, pudiera decirse que los fiscales son "fungibles", intercambiables, no pudiendo hablarse, pues, de verdadera sustitución entre ellos, sino de una simple redistribución del trabajo, que es la sustitución ordinaria a que se refiere el art. 6 RD 1050/1987. Así, cuando la redistribución del trabajo no es posible contando sólo con los efectivos de fiscales profesionales, puede

---

<sup>42</sup> ALAMILLO CANILLAS, F., ob. cit., pág. 211.

asumirse por fiscales no pertenecientes a la carrera<sup>43</sup>.

Los fiscales sustitutos se regulan en dos RD y en la Instrucción 3/1987. El primero de los RD es el ya citado 1050/1987 que se refiere en la actualidad a las fiscalías en las AP y n los TSJ. El otro RD se refiere a la fiscalía del TS y es el 675/1989, de 9 de junio.

El número de fiscales sustitutos es también limitado. En ningún caso podrá exceder de un tercio de la plantilla de fiscales de la tercera categoría de la correspondiente fiscalía, o, de uno, en la fiscalía con menos de tres fiscales, en las AP y TSJ. Para el TS el límite está en el tercio de la plantilla de la fiscalía.

Para ser nombrado fiscal sustituto de las AP y TSJ, el RD sólo exige que se posea la licenciatura en derecho, debiendo ser nombrados los que reúnan mayores méritos de entre los solicitantes. No se exigen expresamente los requisitos de capacidad, aunque resulta evidente la necesaria concurrencia de los mismos. Para desempeñar el mismo cargo en la fiscalía del TS el RD 675/1989 especifica que deben reunirse las condiciones de capacidad previstas en los arts. 43 y 44 EOMF.

El nombramiento de los fiscales sustitutos corresponde al Ministerio de Justicia aunque el procedimiento a seguir es distinto según se trate de unos u otros sustitutos.

---

<sup>43</sup> La única sustitución propiamente dicha es la de Fiscal Jefe porque la especialidad y jerarquía de sus funciones específicas no permite repartirlas sino que han de recaer sobre un fiscal determinado, que es el Teniente fiscal (art. 22.4 EOMF).



Las causas del cese de los fiscales sustitutos coinciden con las de los fiscales de provisión temporal, excepción hecha de la que se refiere al nombramiento de fiscal titular para la plaza, lo que resulta evidente por no estar adscritos aquellos fiscales a vacantes en concreto. No se entiende muy bien, sin embargo, por qué no cita el art. 3 RD 675/1989 la letra a) del art. 5 RD 1050/1987 que alude al transcurso del plazo para el que fueron nombrados, ya que resulta claro que esta causa de cese es perfectamente aplicable a los fiscales sustitutos.

Respecto a la figura de los Fiscales de paz el interrogante que se nos plantea es el de si tras la promulgación de los vigentes EOMF y LOPJ cabe seguir manteniendo su existencia.

Hasta la CE de 1978 es clara su pervivencia. La Ley de Bases para la Reforma de la Justicia Municipal de 1944 en su base 4ª decía los Fiscales de los Juzgados de Paz y sus suplentes serán designados por el mismo procedimiento que los Jueces de paz. Este procedimiento era el previsto en la LOPJ de 1870 (arts. 147-164), que atribuía la competencia para el nombramiento a las Salas de Gobierno de las AT. Esta base 4ª fue desarrollada por varios Decretos que, a lo largo del tiempo fueron derogándose y modificándose sucesivamente hasta llegar al Decreto 1371/1970, de 23 de abril, que aprobó el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Fiscales Municipales y Comarcales y de los Juzgados de Paz. El estatuto jurídico contenido en este Reglamento es el que permanecerá hasta nuestra CE y más aún. Efectivamente, el art. 124

CE dedicado al MF no hace ninguna mención a los fiscales de paz, sin embargo el dato no es revelador, puesto que nuestra Norma Suprema es, en muchas cuestiones de carácter programático y es preciso esperar al posterior desarrollo legal. Este llegó, en 1981, de la mano del EOMF que en su DF 2ª tras derogar el anterior Estatuto estableció que en tanto no se dictara nuevo Reglamento seguiría aplicándose el vigente entonces, el de 1969, en lo que no se opusiera al Estatuto. En cuanto a los fiscales de paz la situación, llegados a este punto es la siguiente: El EOMF al establecer en su art. 34 las categorías de la carrera fiscal no alude a la de fiscal de paz. Tampoco el art. 12 menciona a las Fiscalías de paz. Sin embargo el art.10 RMF sí los incluye como una de las categorías del MF. De la comparación entre un texto legal y otro resulta evidente la derogación tácita del RMF por oponerse a lo establecido en el EOMF.

Con la promulgación de la LOPJ la desaparición legal de la figura del fiscal de paz es un hecho consumado. Se establece el nuevo sistema de nombramiento para los jueces de paz, mientras que nada se dispone para los fiscales de la misma clase.

Así, como dice ALAMILLO CANILLAS<sup>44</sup>, tras la publicación del EOMF y la LOPJ la figura del fiscal de paz ha quedado en una situación de máxima indefinición. Por un lado es necesaria la actuación del MF en el ámbito de los Juzgados de Paz puesto que

---

<sup>44</sup> ALAMILLO CANILLAS, F., ob. cit., pág. 218.

en las faltas también incide el interés público, pero por otro no existe en la actualidad un órgano con competencia para hacer los nombramientos. Esto ha llevado a que en más de una ocasión Salas de Gobierno de TSJ se declaren incompetentes para estos menesteres.

La cuestión, pues, desde un punto de vista jurídico resulta clara: desaparición de los fiscales de paz desde la entrada en vigor del EOMF. Sin embargo desde un punto de vista práctico hay un problema a resolver al que se da solución donde esta deficiente regulación legal se hace más patente, es decir, en las Fiscalías. La dificultad se presenta sobre todo en aquellos Juzgados de Distrito que han pasado ahora a ser de Paz. Entre nosotros están los casos de Silla o Utiel, localidades con un número importante de habitantes y consiguientemente mayor índice de litigiosidad. Los fiscales de la Audiencia Provincial son quienes se encargan de asumir allí las funciones del MF lo que ocasiona no pocos problemas de organización.

Vemos, pues, que la situación de laguna legal ha recibido, sin embargo, una respuesta de tipo práctico, mas sería deseable de "lege ferenda" una regulación pormenorizada de la necesaria actuación del MF en los Juzgados de Paz.

---

---

## **CAPITULO TERCERO**

### **« PRINCIPIOS RECTORES Y ENCUADRE INSTITUCIONAL »**

## **I. PRINCIPIOS RECTORES**

Según la CE y el EOMF los principios rectores de la actuación del MF son cuatro: unidad, dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad. De estos cuatro principios destaca el de legalidad pues constituye la especificación para el MF del necesario sometimiento de todos (ciudadanos y poderes públicos) a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9 CE), en un Estado que se llame a sí mismo de Derecho.

Para su mejor estudio dividiremos los principios rectores en dos grupos. El de unidad de actuación y el de dependencia jerárquica tendrán la consideración de principios orgánicos y los de legalidad e imparcialidad de principios de actuación. No obstante la distinción, debe tenerse en cuenta que los principios orgánicos tienen igualmente manifestaciones en el quehacer de los miembros del MF. La decisión de denominarlos como orgánicos es debida a su principal incidencia en la organización de la institución.

### **1. Unidad de actuación y dependencia jerárquica**

El principio de unidad de actuación tiene un reconocimiento plural en el Estatuto. En un primer momento surge una lectura fácilmente percibible de la idea de unidad que lleva al art. 22 EOMF a decir que el MF es único para todo el Estado, con lo que no cabe pensar en la existencia de Ministerios Fiscales propios de cada Comunidad Autónoma, y al art 2.2 a predicar la exclusividad

de su denominación.

Como proyección de esa idea orgánica de unidad aparecen dos manifestaciones de la misma que conjuntamente configuran en puridad el principio de unidad de actuación. Nos referimos a la homogeneidad de criterio de los fiscales y a la fungibilidad de los miembros del MF.

Los fiscales al realizar su función constitucional que fundamentalmente radica en la promoción de la Justicia según la legalidad, deben tener un criterio uniforme. De otro modo habría tantas interpretaciones de lo que la legalidad fuese como fiscales existieran. Para evitar este efecto indeseado existen en el EOMF mecanismos formadores de ese criterio unitario<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Según indica ALAMILLO CANILLAS, F., en su obra El Ministerio Fiscal..., págs. 32 y 33, este criterio institucional se forma de la siguiente manera. Cuando el ámbito es todo el territorio nacional, el mecanismo es doble, duplicidad determinada por la materia.

Cuando de lo que se trata es de asegurar la unidad de actuación del MF en lo referente a estructuración y funcionamiento de sus órganos, la elaboración de los criterios generales corresponde al CF, como dispone el art. 14.1 a) EOMF, asistiendo con ello al FGE. En cambio cuando se trata de materia doctrinal y técnica en orden a la formación de los criterios unitarios de interpretación y actuación legal y resolución de consultas, la asistencia al FGE corresponde a la Junta de Fiscales de Sala.

En todo caso la orden o instrucción la imparte el FGE (...) arts. 22.2 y 25 EOMF.

Cuando el ámbito territorial es menor, la facultad de impartir órdenes o instrucciones corresponde a los Fiscales Jefes de cada órgano respecto de los miembros del MF que le estén subordinados según el art. 25.3 EOMF. Pero ha de tenerse en cuenta que el art. 24 del mismo establece que para mantener la unidad de criterios, estudiar los asuntos de especial trascendencia o complejidad o fijar posiciones respecto a temas relativos a su función, cada Fiscalía celebrará periódicamente Juntas de todos sus componentes.

La fungibilidad o intercambiabilidad de los fiscales se basa en que la actuación de estos no se hace nunca en nombre propio, sino representando a la institución y por delegación de sus jefes (art. 22.2 y 3). Ello permite que en cualquier momento del proceso o de la actividad que un fiscal realice pueda su superior inmediato sustituirlo por otro (art. 23). También es un reflejo de la intercambiabilidad de los fiscales la posibilidad que permite el art. 27.2 de encomendar a otro fiscal el despacho del asunto, si surgen discrepancias en torno a la legalidad de la orden entre el superior y el subordinado.

En cuanto a la dependencia jerárquica entendemos con MONTERO<sup>2</sup> que se manifiesta en una doble dirección. Dependencia externa frente al ejecutivo que se evidencia en la forma de nombrar y cesar al FGE y en la facultad reconocida al Gobierno en el art. 8 EOMF de interesar del FGE la promoción ante los Tribunales de las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público. Y dependencia interna, debido a la organización jerárquica del MF, que permite que las órdenes se transmitan en cascada partiendo del FGE, ordenando al Fiscal jefe de cada órgano, para que éste a su vez ordene a sus subordinados inmediatos.

En nuestra opinión el principio de dependencia jerárquica

---

<sup>2</sup> MONTERO AROCA, J., Derecho Jurisdiccional I. Parte General, Barcelona, 1993, pág. 266.

encuentra su razón de ser en servir de engranaje estructural para una eficaz implantación del principio de unidad de actuación, de forma que ambos principios constituyen un binomio inseparable.

Por otro lado, y como consecuencia de la doble dirección apuntada del principio de dependencia jerárquica, el criterio uniforme que, en virtud del principio de unidad de actuación, deba seguirse será, bien el inicialmente acordado por el FGE o bien el "interesado" por el Gobierno.

## 2. Legalidad e imparcialidad

La imparcialidad que se predica del MF es de carácter subjetivo. Es decir, el MF como institución no está desinteresado del prevalecimiento del criterio que defiende ya que su función implica defender la legalidad promoviendo la justicia y para ello es necesario partir de una determinada interpretación de lo que la legalidad es frente a otras posibles interpretaciones. Como ya hemos visto esa interpretación no la lleva a cabo individualmente cada fiscal sino que las directrices u órdenes concretas le vienen dadas por sus superiores. El MF, pues, defiende, en cada caso, una determinada visión de la legalidad y lucha por su reconocimiento judicial.

Ahora bien, desde un punto de vista personal, el fiscal no debe estar influido por subordinaciones distintas de las que provengan de la obediencia a las órdenes de sus superiores que se presumen



legales<sup>3</sup>. En este sentido puede hablarse de independencia del MF que vendría referida a ausencia de subordinaciones distintas de la ley y de las órdenes<sup>4</sup>. En nuestra opinión este es el sentido que tiene la palabra independencia en el art. 7 EOMF : "por el principio de imparcialidad el MF actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados".

Sin embargo, poner este término en relación al MF resulta perturbador pues puede producir, y de hecho produce, confusiones al equipararse la imparcialidad con la independencia<sup>5</sup>. Por eso nos parece más correcto reservar el término independencia para los jueces que sólo son dependientes de la ley, además de ser imparciales y hablar de imparcialidad para referirnos a los miembros del MF que actúan no sólo sometidos a la legalidad sino

---

<sup>3</sup> A este doble entendimiento de la imparcialidad del fiscal se refiere también ALAMILLO CANILLAS, F., cit., pág.33, al decir que: "... la correcta inteligencia del principio de imparcialidad exige pensar que no se refiere al MF como institución, sino a sus representantes individuales".

<sup>4</sup> Por este motivo el art. 55 II EOMF declara que los miembros del MF no podrán recibir órdenes o indicaciones relativas al modo de cumplir sus funciones más que de sus superiores jerárquicos. Y además como garantías de esa imparcialidad se configuran en el estatuto jurídico de los fiscales las incompatibilidades, las prohibiciones y la abstención.

<sup>5</sup> Según GRANADOS CALERO, F., ob. cit., pág. 303, con frecuencia se confunden independencia e imparcialidad. Si la primera resulta discutible y bastante alejada de la normativa legal que regula su estructura orgánica y funcionamiento, no puede decirse lo mismo respecto a su imparcialidad, configurada como uno de los principios básicos de su actuación. La mención copulativa de ambas exigencias - objetividad e independencia- en el art. 7 EOMF ha podido influir en esa confusión. Sin embargo la norma tiene, en este caso, un sentido interpretativo difícil de provocar equívoco puesto que se refiere a independencia de criterio.

también a la dependencia jerárquica. La imparcialidad del MF decíamos es de carácter subjetivo, mientras que la de los jueces es subjetiva y objetiva. Destaquemos ahora que la imparcialidad subjetiva del fiscal implica la ausencia de interés personal en la resolución del asunto. Sin embargo, no se halla desprovisto de interés corporativo en que prevalezca la solución por él aportada<sup>6</sup>.

Destacábamos al comienzo la superior calidad del principio de legalidad frente al resto de principios rectores. Junto a esta superior relevancia del principio de legalidad, que por otro lado no es en absoluto privativa del MF, el principio al que ahora nos dedicamos tiene una singular importancia referido al MF. Esta importancia o interés del principio de legalidad se cifra en que, por un lado actúa como delimitador de su función: el MF debe promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y no de otros intereses. Por otro, el principio de legalidad se ha considerado tradicionalmente como antagónico del de dependencia jerárquica.

Respecto a la primera cuestión y debido a la constitucionalización del MF como promotor de "la acción de la justicia en defensa de la legalidad", deben examinarse con cautela las manifestaciones legislativas que esperan de los fiscales actuaciones no sujetas a este principio. Nos estamos refiriendo concretamente a la regulación que, de la institución de la conformidad, se hace en el llamado proceso abreviado y que será objeto de estudio en el capítulo V de

---

<sup>6</sup> Sobre estos conceptos volveremos en el epígrafe II. 2. B) 1.

esta tesis.

La supuesta contradicción entre el principio de legalidad y el de dependencia jerárquica parte de la base de que el FGE o el Gobierno dan órdenes ilegales. Esto como argumento de carácter general es inadmisibile, pues sería tanto como presumir la actuación ilegal de ambos. Ahora bien, lo anterior no excluye que el Gobierno o el FGE puedan, de hecho, interesar actuaciones de carácter ilegal. El art. 6 EOMF referido al principio de legalidad, después de decir que el MF actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, puntualiza que si el fiscal estima improcedente<sup>7</sup> el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado usará de las facultades previstas en el art. 27.

En cualquier caso y aunque la orden sospechosa de ilegalidad llegue a ejecutarse, no debe perderse de vista que su eficacia no irá más allá de lo que el juez permita, pues a él corresponde la decisión sobre la estimación o no de la petición del fiscal.

---

<sup>7</sup> En nuestra opinión el art. 6 debiera referirse no a la improcedencia sino a la ilegalidad, pues pueden existir acciones improcedentes que no sean necesariamente ilegales. P.e. un fiscal puede considerar improcedente una determinada actuación ordenada por su superior por la premura con la que se le exige que actúe frente a la voluminosidad del sumario que debe estudiar. El art. 27 sí hace la distinción entre órdenes o instrucciones contrarias a las leyes y las que sean improcedentes por cualquier otro motivo.

## II. ENCUADRE INSTITUCIONAL

### 1. En la doctrina española contemporánea

Con respecto al encuadre institucional del MF la doctrina española contemporánea puede dividirse, para su mejor estudio, en tres grandes grupos. Un primer grupo que apoya la llamada "tesis judicialista", en ella se inscriben desde los autores que consideran que el MF es independiente del poder ejecutivo, hasta aquéllos que piensan que está incardinado en el poder judicial. El segundo grupo está formado por los autores que defienden la "tesis gubernativa". Forman parte de él tanto aquéllos que reconocen en el MF una dependencia gubernativa, como aquéllos que proclaman su inserción directa en el marco del poder ejecutivo. Finalmente hallamos un tercer grupo mucho más reducido que estaría compuesto por quienes mantienen una posición que no puede alinearse ni en una ni en otra de las tesis anteriores.

#### A) Tesis judicialista

Los argumentos que se manejan desde esta posición son los siguientes<sup>8</sup>:

---

<sup>8</sup> Debemos hacer constar que estos argumentos son los que nos parecen más genuinos y además son reconocidos como tales por los respectivos autores. Sin perjuicio de ello pueden encontrarse argumentos de carácter menor y la reiteración de los expuestos en el texto en la bibliografía citada en estas páginas y en la que a continuación ofrecemos. DE MIGUEL GARCI LOPEZ, A., Fiscalía y Fiscales, en "Cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal. Artículos y Conferencias", Burgos, 1977, págs.67 a 76; del mismo autor, El Fiscal en el proceso penal, en

a) La inclusión del MF en el título VI de la CE rubricado "Del Poder judicial" en el que se le dedica un artículo por completo, el 124.

b) La dicción del art. 2.1 EOMF en el que se proclama la integración del MF, con autonomía funcional, en el Poder Judicial.

c) La actual superación de la calificación del fiscal como órgano de representación o de comunicación con el Gobierno, obligado al cumplimiento de las órdenes que, en materia legal, éste le diese.

d) El reconocimiento de dos magistraturas diferenciadas pero dirigidas a un mismo fin dentro del Poder Judicial: la requirente o postulante y la decisoria.

---

"Ciclo de Conferencias", organizado por el Ministerio Fiscal en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en conmemoración del Cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal, Madrid, 1976, págs. 73 a 85 y El Ministerio Fiscal, Magistratura de amparo, en RDP, 1954, págs. 537 a 566; RUIZ VADILLO, E., Consideraciones sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal, en Revista de Derecho Judicial, 1960, págs. 111-131; BELTRAN BALLESTER, E., El Ministerio Fiscal en España: su organización y funcionamiento, ponencia presentada al seminario sobre "Justicia y Sociedad" celebrado en México los días 6, 7 y 8 de septiembre de 1993; por último GRANADOS, F., El Ministerio Fiscal. (Del presente al futuro), Madrid, 1989, págs. 52 a 59, aunque considera que el MF no está integrado en el poder judicial, discurre en torno a la ubicación del MF "en" y "para" la Administración de justicia.

e) Los principios de legalidad e imparcialidad, que rigen la actuación del MF, como obstaculizadores de cualquier supeditación al Ejecutivo, pues en el supuesto de que miembros del Gobierno o funcionarios incurrieran en ilegalidad, o pidieran al MF una actuación contraria al ordenamiento jurídico el MF no tendría más remedio que actuar conforme a la ley e imparcialmente, aunque ello fuera contra los intereses del Gobierno.

El primer argumento es defendido por todos los autores que se inscriben en esta tesis. Baste citar al respecto a APARICIO CALVO-RUBIO<sup>9</sup> según el cual la propia sistemática constitucional es bien expresiva de que el MF no es órgano del Ejecutivo. En efecto, se le regula en el Título VI "Del Poder Judicial" y se le menciona en los que se refieren a las Cortes Generales y al Tribunal Constitucional. Ni se le regula, ni se le menciona, en el Título IV que trata "Del Gobierno y de la Administración". Se le incluye en el VI, se le excluye en el IV: "inclusius unius, exclusius alterius". La exclusión absoluta del MF del Título del Ejecutivo tiene, desde un punto de vista negativo, el valor de un criterio constitucional inequívoco y, en clave interpretativa, es una pauta de primera

---

<sup>9</sup> APARICIO CALVO-RUBIO, J., El MF en la Constitución, en "El Poder Judicial", Madrid, 1983, I, págs. 638 y 639.

magnitud para despejar dudas en las cuestiones controvertidas.

Con respecto al segundo argumento CONDE-PUMPIDO FERREIRO<sup>10</sup> dice que en este punto, pese a la inequívoca voluntad legislativa que representa la literalidad del art. 2 EOMF se pretende negar toda posibilidad de esa integración con el doble argumento de la exclusiva integración del Poder Judicial por los jueces y magistrados en base al art. 117 CE y la exclusión de los fiscales del ámbito del CGPJ, como órgano de gobierno del mismo (art. 122 CE). En su opinión, ni uno ni otro argumento son válidos. El art. 117 CE admite más lecturas acordes con su interpretación literal y sistemática, que la que interesadamente se le da por ciertos sectores. Lo que el art. 117 dice es que los jueces y magistrados son integrantes del Poder Judicial, no que sean los únicos que lo integran. Al utilizar el participio activo "integrantes", sólo se quiere decir que los jueces y magistrados son parte del Poder Judicial y que lo componen junto a otros elementos, porque lo "integrante" de algo es tan sólo una parte que contribuye a formar el todo, pero no es el todo.

Por otro lado, la exclusión de los fiscales del CGPJ tampoco es argumento decisivo pues la titularidad de la jurisdicción, esencia del Poder Judicial, radica en los Juzgados y Tribunales y no en el CGPJ.

---

<sup>10</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., La naturaleza y los principios rectores del MF en la Constitución y el nuevo Estatuto Orgánico, en "El Poder Judicial", I, cit., págs.870-875.

El tercer argumento se defiende desde los escritos de LLOBELL MUEDRA<sup>11</sup> que hace una somera evolución histórica de la relación de dependencia del MF y el Ejecutivo para concluir diciendo que la Constitución de 1978 y el nuevo Estatuto orgánico de 1981 han culminado la evolución de judicialización e independencia del MF respecto del Poder Ejecutivo. El Gobierno ya no ordena al MF, ni tampoco el FGE le está subordinado y éste, oída la Junta de Fiscales de Sala del TS, resolverá sobre la viabilidad y procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada (art. 8 EOMF).

JIMENEZ VILLAREJO<sup>12</sup>, defiende la existencia de dos magistraturas una de las cuales estaría encomendada al MF, con estas palabras: "...se deduce que el Poder Judicial dibujado en la Constitución, pese a los lamentables esfuerzos que se han hecho y que continúan haciéndose para oscurecer lo que está claro, es un ámbito estatal en que determinadas misiones, sin duda por su tradicional importancia en la sociedad democrática que se pretende construir, se atribuyen al mismo tiempo a dos órganos separados, el uno con función promotora, el otro con función decisoria. Hay que hablar, en consecuencia, de la coexistencia dentro del Poder Judicial de dos Magistraturas igualmente insustituibles para la

---

<sup>11</sup> En el mismo sentido véase también APARICIO CALVO-RUBIO, J., ob. cit., pág. 640.

<sup>12</sup> JIMENEZ VILLAREJO, J., El Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial, en PJ, 1982, nº3, pág.83.



realización de la Justicia, orgánicamente autónomas y funcionalmente coordinadas. Una de ellas -la decisoria- tiene como principio definitorio el de independencia en tanto la otra -la postulante- viene informada por el principio de unidad y dependencia jerárquica, pero ambas profesan como común y más alto valor el de la legalidad".

Respecto al quinto argumento abundan en él varios autores. Por ejemplo RUIZ VADILLO<sup>13</sup> para quien es importante recordar que el Fiscal debe considerar las indicaciones que reciba del Gobierno desde el punto de vista de su perfecta adecuación a la legalidad. El Gobierno puede instar al Fiscal, en zonas que puede conocer mejor que nadie, para que éste actúe conforme a derecho, es decir, en defensa de la legalidad, pero el examen de la legalidad corresponde al Fiscal, no al Gobierno. Esta es la gran diferencia entre el abogado que defiende a un particular o a una Institución y el Fiscal. Éste no defiende a nadie salvo en la medida en que la defensa se identifica con la ley. Otra cosa significaría vulnerar el ordenamiento jurídico en uno de sus puntos más esenciales. Así pues legalidad e imparcialidad han de entenderse en el sentido de procurar la realización de la justicia a través del ordenamiento jurídico.

## **B) Tesis gubernativa**

---

<sup>13</sup> RUIZ VADILLO, E., La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal, en PJ, nº especial II, 1987, pág. 68.

Desde la óptica de considerar al MF dependiente del poder ejecutivo o, más aún, órgano administrativo incardinado en dicho poder se manejan los siguientes argumentos:

a) El art. 117.1 CE según el cual la Justicia se administra por jueces y magistrados integrantes del poder judicial.

b) El art. 122.3 CE que no menciona a los fiscales como miembros integrantes del CGPJ, en su calidad de tales.

c) El art. 124.3 CE que prevé una ley, distinta de la LOPJ, para la regulación del estatuto de los fiscales.

d) La carencia de significado real de la expresión: "integrados con autonomía funcional en el poder judicial", referida al MF (art. 2.1 EOMF).

e) La falta de independencia en el estatuto de los miembros del MF. La independencia es nota característica del estatuto judicial. No se puede pertenecer al poder judicial, tanto siendo órgano jurisdiccional ordinario como tribunal especial constitucional y no ser independiente.

Respecto al primer argumento es muy ilustrativo el razonamiento

que para su defensa hace MOSQUERA<sup>14</sup>. La dicción del art. 117.1 CE acepta un concepto de poder judicial integrado por jueces y magistrados. Lo que ocurre es que esta conclusión parece verse perturbada por el hecho de que la Constitución rubrica su Título VI con la expresión "Del Poder Judicial", y como en dicho Título se refiere tanto a los jueces y magistrados como al MF, como al personal al servicio de la Administración de Justicia, como, en fin, a la policía judicial, pudiera adquirirse la impresión de que considera "poder judicial" a todos estos elementos; esta expresión estaría además confirmada por el art. 122.1, según el cual, la LOPJ determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia. Si la LOPJ ha de regular también el estatuto de los funcionarios o personal al servicio de la Administración de Justicia, podría pensarse que este personal integra también el poder judicial. Sin embargo, entiende MOSQUERA que estas interpretaciones no son correctas. El hecho de que la rúbrica escogida para el Título VI sea la "Del Poder Judicial", tiene la evidente explicación en la selección del elemento nuclear y definitorio del tercer poder, al que decididamente se intenta consagrar como tal, sin ambages ni rodeos, aunque por

---

<sup>14</sup> MOSQUERA, L., La posición del poder judicial en la Constitución española de 1978, en "La Constitución de 1978. Estudio sistemático", dirigido por PREDIERI y GARCIA de ENTERRIA, Madrid, 1980, págs. 699 y 700.

razones de economía y sistemática legislativa, se haya aprovechado dicho Título para aludir también a aquellos aspectos de la organización judicial o de su funcionamiento que, teniendo relación con dicho poder, no eran merecedores de una consideración sustantiva y principal. La constitucionalización de estos aspectos no altera la significación del término "poder judicial", que es el único soporte de la existencia de este Título, como tampoco alteraría el concepto de "poder legislativo" -que son los diputados y senadores, reunidos en cada una de sus Cámaras- el que la CE hubiera aludido a los letrados de las Cortes o a los linotipistas o mecanógrafos, por ejemplo. Si la interpretación que se combate se aceptase se llegaría al absurdo resultado de que el propio CGPJ sería "poder judicial", puesto que también se regula en el mismo Título, cuando no puede caber duda alguna que no lo es, en razón a su propia función y finalidad.

Respecto al segundo argumento utilizado en la defensa de la tesis gubernativa dice ORTELLS<sup>15</sup> que los fiscales no tienen la calidad de órgano jurisdiccional ordinario, entre otras razones, por no estar sujetos a las potestades administrativas del CGPJ, y por no poder formar parte del mismo en su específica consideración de miembros del MF.

La regulación del estatuto del MF en ley distinta a la LOPJ y por tanto no ser necesaria una ley orgánica para ese menester, es

---

<sup>15</sup> ORTELLS RAMOS, M., Nuevos poderes para el MF..., pág. 230.

resaltado por varios autores, entre ellos, por ejemplo JAURALDE MORGADO<sup>16</sup>.

El cuarto argumento se refiere a la carencia de sentido de la expresión "integración, con autonomía funcional, en el poder judicial" que contiene el estatuto y que es considerado piedra de toque como apoyo a la concepción judicialista examinada con anterioridad. Al respecto dice MONTERO<sup>17</sup> que el MF no forma parte del poder judicial organización, ni tiene atribuida potestad jurisdiccional. La expresión del art. 2.1 EOMF carece de sentido. La jurisdicción<sup>18</sup> es exclusiva de jueces y magistrados. No forma parte del poder judicial organización porque las mismas leyes lo excluyen del mismo a todos los efectos. La autonomía del MF es tanto orgánica como funcional, y así las cosas ¿qué clase de integración puede existir? La respuesta que da el autor es que no hay ninguna.

También JIMENEZ BLANCO y CARRILLO de ALBORNOZ<sup>19</sup> se cuestiona en qué sentido puede entenderse la integración orgánica

---

<sup>16</sup> JAURALDE MORGADO, E., El Ministerio Fiscal, en PJ, 1981, nº1, pág. 47.

<sup>17</sup> MONTERO AROCA, J., Derecho Jurisdiccional I. Parte General, cit., pág. 262.

<sup>18</sup> Para el concepto de jurisdicción al que se refiere MONTERO véase ob. cit. nota anterior, pág. 167.

<sup>19</sup> JIMENEZ BLANCO y CARRILLO de ALBORNOZ, A., Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal, en "El Poder Judicial", pág. 1640.

del MF en el poder judicial a la que se refiere el Estatuto. Dice que el sentido que debe darse en esa expresión al término "poder judicial" no puede ser más que un sentido vulgar, según el cual se entenderían incluidos en él todo lo que de una u otra forma se relaciona con la justicia. Sólo desde ese sentido tan amplio podría entenderse la integración.

El quinto argumento que se maneja es, quizás, el que, desde esta postura se considera capital. Se trata de la tradicional y actual dependencia del MF del ejecutivo, lo que le imposibilita para ser titular de potestad jurisdiccional. Las manifestaciones de esta dependencia son variadísimas. Los distintos autores nos las ponen de manifiesto.

En primer lugar ANDRES IBÁÑEZ<sup>20</sup> ofrece una definición del MF en la que se conjugan la posible autonomía funcional de éste con la dependencia del poder ejecutivo.

La forma de elegir y cesar al FGE también es objeto de críticas como clara manifestación de la dependencia gubernamental del MF. Pone FAIREN<sup>21</sup> de manifiesto que la afirmación de que el MF es independiente es más que discutible a la vista de su propio encuadramiento en el campo del Derecho Público, sujeto al poder ejecutivo por su cabeza visible, a la cual están sometidos los demás

---

<sup>20</sup> ANDRES IBÁÑEZ, P., El Ministerio Fiscal, en "El Poder Judicial", Madrid, 1986, pág. 394.

<sup>21</sup> FAIREN GUILLEN, V., El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988 (I), en Tapia, enero-febrero 1989, pág.63.

miembros del MF por obligación y carga de obediencia muy difícilmente salvable. En efecto, no puede hablarse de independencia cuando si bien la CE dice que "el FGE será nombrado por el Rey" añade que "a propuesta del Gobierno", oído previamente el CGPJ, después el Estatuto se encarga de precisar que el cese será igualmente "a propuesta del Gobierno" oído previamente el CGPJ.

Otro aspecto en el que se ve claramente la dependencia del ejecutivo es en la forma de realizar la provisión de destinos de categoría superior<sup>22</sup>: unos se proveen directamente por el Gobierno (art. 36. 1 y 2 EOMF) mientras que otros son provistos por el FGE elegido a su vez por el Gobierno (art. 36.4 EOMF). A su vez los Fiscales Jefes pueden ser removidos por el Gobierno a propuesta del FGE (art. 41 EOMF).

Por último el establecimiento en el art. 67 EOMF de un recurso de alzada ante el Ministro de Justicia contra las resoluciones sancionadoras dictadas por el FGE, sólo es comprensible si se entiende que tal Ministro es el superior jerárquico del FGE y, por ende, de toda la institución.

Así como la tesis anterior es defendida, en su mayor parte, por autores de extracción fiscal, en ésta encontramos autores de todo tipo, magistrados, vocales del CGPJ y también fiscales<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> DE LA OLIVA SANTOS., A., Jueces imparciales, "fiscales investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal, Barcelona, 1988, pág. 93.

<sup>23</sup> Junto con la bibliografía citada hasta ahora deben también ser consultados los siguientes autores: GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, G., EL Ministerio Fiscal, en Documentación Jurídica, 1985, enero-junio, págs. 227 a 239; ZATARAIN

### C) Posiciones intermedias

En primer lugar hallamos en este grupo autores que no inscriben claramente al MF ni en el poder judicial ni en el ejecutivo y lo justifican por la complejidad ínsita en la misma institución. En este sentido GIL-ALBERT VELARDE<sup>24</sup> manifiesta que con toda objetividad cabría afirmar que la falta de claridad en los perfiles del MF se ha proyectado siempre y fundamentalmente sobre su naturaleza y sobre su función esencial y ello ha determinado una prácticamente insuperable dificultad para llegar a una construcción dogmática convincente. El MF ha permanecido como entidad oscilante entre el poder judicial y el ejecutivo, siempre en posiciones intermedias más o menos próximas a uno u otro, pero sin un encuadramiento terminante en ninguna de las dos áreas de la estructura del Estado. En cuanto a las funciones que le han sido encomendadas, basta un análisis superficial de nuestras leyes y de la CE para advertir que existe una superposición de funciones,

---

VALDEMORO, J. y RUBIO de la IGLESIA, J.M., El Ministerio Fiscal, en "La reforma del proceso penal", Congreso..., págs. 982 a 1007; ANDRES IBAÑEZ, P., El Ministerio Fiscal entre "viejo" y "nuevo" proceso, en "La reforma del proceso penal", Madrid, 1990; SERRA DOMINGUEZ, M., Ministerio Fiscal, voz en NEJS, cit.; MUÑOZ CALVO, J.L., La independencia del MF en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal, en "El Poder Judicial", III, págs. 2149 a 2175; MARTIN PALLIN, J.A., El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales, en "El Poder Judicial", II, págs. 1787 a 1804; PEREZ GORDO, A., Naturaleza y funciones del MF en la Constitución y en su Estatuto Orgánico de 1989, en "El Poder Judicial", III, págs. 2343 a 2383.

<sup>24</sup> GIL-ALBERT VELARDE, J.M<sup>a</sup>, El Ministerio Fiscal en la Constitución, en "El Poder Judicial", I, pág. 109.



misiones y atribuciones que han hecho casi imposible el empeño. Así, la posición que sobre el encuadramiento actual del MF sostiene este autor es que "resulta claro que no puede aceptarse la tesis de que el MF sea un órgano del ejecutivo de carácter político-administrativo. Tampoco es un órgano esencialmente judicial aunque sea el máximo promotor de la justicia, por lo que debe excluirse su plena judicialización. De todas maneras está más próximo al poder judicial que al ejecutivo"<sup>25</sup>. En esta misma línea, pero considerando al MF más cerca del ejecutivo se halla ALAMILLO CANILLAS<sup>26</sup>.

Otros autores, como GIMENO SENDRA, sin poner el acento en la dificultad estructural de situar al MF en el organigrama estatal, definen su emplazamiento en términos ambiguos. Por una lado se dice que no "es un órgano dotado de independencia, ni detenta potestad jurisdiccional"<sup>27</sup> y en consecuencia no se le califica como órgano jurisdiccional sino como "órgano administrativo"<sup>28</sup>. Ahora bien, se le reconoce con la vigente redacción del art. 124 CE una naturaleza administrativa distinta a la que tuvo con anterioridad. Se dice que antes era un órgano subordinado al poder ejecutivo "del que nunca podía saberse a ciencia exacta, la defensa del interés que

---

<sup>25</sup> En El Ministerio Fiscal es el defensor de la legalidad, entrevista, en PJ, 1982, nº2, pág.17.

<sup>26</sup> ALAMILLO CANILLAS, F., cit., págs. 15 a 20.

<sup>27</sup> GIMENO SENDRA, V., El Ministerio Fiscal y el artículo 124 de la CE, en "Constitución y Proceso", Madrid, 1988, pág. 65.

<sup>28</sup> Ob. cit. nota anterior, págs. 68 y 69.

hubiera de asumir en el supuesto de contradicción entre el interés público plasmado en la Ley y el político del poder ejecutivo"<sup>29</sup>. En la actualidad sin embargo el MF "vuelve a adoptar la naturaleza que le es propia, esto es, la de ser el más acérrimo defensor de la legalidad"<sup>30</sup>.

Hay también autores que postulan la independencia del MF tanto del poder judicial como del ejecutivo, aunque esta última independencia la maticen. Por ejemplo FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO<sup>31</sup> propone la construcción del MF sobre las siguientes bases:

1ª Objetividad plena despolitizada o no politizable.

Con ello se hace referencia a la "desalienación" del ejecutivo, que no debe prevalecer sobre ninguno de los restantes poderes. Se aconseja por tanto la independencia del MF del ejecutivo aunque no aparece totalmente claro si es aconsejable una total independencia o si sería conveniente, al menos en principio, lo que podríamos denominar una "dependencia atenuada".

2ª Independencia.

Que se proclama respecto del poder judicial.

---

<sup>29</sup> Ob. cit. nota anterior, pág. 64.

<sup>30</sup> Ob. cit. nota anterior, pág. 65.

<sup>31</sup> FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, M., El Ministerio Fiscal en España. Notas para una futura construcción de dicha figura y estudio de su posición en el Derecho procesal español, Separata de Documentación Jurídica, números 10 y 11, Madrid, 1977, págs. 132 a 138.

### 3ª Representación orgánica de la sociedad.

Que junto con la tutela de la legalidad constituyen la esencia de la institución.

Por último hay quienes piensan que la mejor situación para el MF vendría dada si su cabeza visible, el FGE, fuera propuesto por el Gobierno oído el CGPJ y nombrado por el Rey, pero tomando como base a un candidato nombrado a su vez por una mayoría reforzada -tres quintos- del órgano legislativo. Con ello se lograría, además de una aceptación generalizada del designado como FGE dificultando así su empleo como arma de batalla política, la intervención de los tres poderes del Estado (Gobierno, CGPJ y Parlamento) en el nombramiento de quien ha de promover la acción de la Justicia en la defensa de los intereses sociales. Sin embargo, mientras que para MARCHENA<sup>32</sup>, tal modificación del sistema de nombramiento del FGE no exigiría reforma constitucional sino que bastaría la reforma estatutaria, según MIRAVET<sup>33</sup> sería necesaria una tímida reforma constitucional.

## 2. Condición político-administrativa del Ministerio fiscal

Descartada por obvia la posibilidad de incardinación del MF español en el poder legislativo, la alternativa que resta se reduce a

---

<sup>32</sup> MARCHENA GOMEZ, M., El Ministerio Fiscal..., págs. 195 a 197.

<sup>33</sup> MIRAVET HOMBRADOS, M., Del Fiscal institución al Fiscal instructor, ponencia presentada al curso de verano de la Universidad Complutense "La presencia del MF en la Administración de Justicia", El Escorial, julio de 1992, págs. 9 y 10.

incluirlo en el poder judicial o en el ejecutivo. La opción por una tesis mixta sólo sería atendible ante la imposibilidad de dar una solución clara a la alternativa anterior.

Para averiguar si el MF forma parte del poder judicial hay que examinar por un lado si la función jurisdiccional y la del MF coinciden y por otro si sus estatutos respectivos son equiparables.

#### **A) Función jurisdiccional y función del MF**

Como respuesta a la pregunta de qué debe entenderse por función jurisdiccional<sup>34</sup> los procesalistas han construido dos grupos de concepciones teóricas, las doctrinas subjetivas y las objetivas.

Las primeras se pensaron en torno a lo que puede llamarse manifestación civil de la jurisdicción y conciben la función de ésta como la defensa de los derechos subjetivos de los particulares, la reintegración plena de aquéllos en los casos de amenaza o violación. La justicia aparece como un servicio público puesto a disposición de los ciudadanos. Como puede fácilmente apreciarse esta doctrina carece de la universalidad suficiente para explicar la función jurisdiccional en todas sus manifestaciones<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Respecto a la definición de potestad jurisdiccional y al modo de llegar a ella seguimos, en lo fundamental, a MONTERO AROCA, J., en Derecho Jurisdiccional I. Parte General, cit., lección 7.

<sup>35</sup> Aunque puede afirmarse con carácter general la superación de esta concepción subjetiva de la función jurisdiccional, debe ponerse de manifiesto que gran parte de la doctrina actual alemana la mantiene con firmeza. Sobre ello véase ORTELLS RAMOS, M., Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española, en "Anuario de la Facultad de Derecho", Universidad de Extremadura,

Las concepciones objetivas son posteriores en el tiempo y tienen un más amplio campo de visión. Según ellas la jurisdicción persigue la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto. La concepción objetiva tiene la innegable ventaja de cubrir todas las manifestaciones de la jurisdicción y es la que responde a nuestra tradición jurídica, mantenida por la actual Constitución. En efecto, la realización del "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" al que se refiere el art. 117.3 CE se entiende siempre referido bajo el imperio de la ley. Sin embargo, si dijéramos sólo que la función de la jurisdicción es la actuación del derecho objetivo, habríamos dicho muy poco. De hecho eso es también lo que la Administración hace y también lo hace con potestad. Urge pues encontrar cuáles sean las notas individualizadoras de la función jurisdiccional. En nuestra opinión esas notas se reducen a dos:

- La Jurisdicción actúa el derecho objetivo de modo irrevocable y ello lleva a la determinación de la cosa juzgada.
- La Jurisdicción opera siempre con desinterés objetivo, lo que se explica mediante la imparcialidad objetiva y la diferencia entre la autotutela y la heterotutela.

La especial eficacia jurídica que implica la actuación del derecho objetivo por órganos dotados de potestad jurisdiccional diferencia la

jurisdicción de la actividad administrativa. Esa especial eficacia se resume en que la primera reviste a sus resoluciones de cosa juzgada y la segunda no. La actividad jurisdiccional se ejerce exclusivamente para la aplicación del derecho objetivo y no puede ser controlada por una instancia posterior surgiendo así el concepto de cosa juzgada con el que se denomina la fuerza que el ordenamiento jurídico otorga a las resoluciones judiciales que supone un vínculo de naturaleza jurídico-pública que obliga a los jueces a no fallar de nuevo lo ya decidido. En cambio la actividad administrativa sí puede ser controlada por una instancia posterior que es precisamente la Jurisdicción.

La Constitución confirma la distinción. A la cosa juzgada se refieren los arts. 161.1,a) y 164.1. El art. 106 supone el control por la potestad jurisdiccional de toda la actuación administrativa.

La actuación con desinterés objetivo pone de relieve la diferencia existente entre la calidad del juicio efectuado por la Administración y el que efectúa la Jurisdicción. La primera actúa la autotutela, es decir, es juez y parte, e incluso cuando aparentemente soluciona conflictos entre particulares, está actuando en caso propio pues su intervención sólo se justifica en cuanto persiga un interés general. La Jurisdicción, sin embargo, es expresión de la heterotutela. Prohibida la autotutela para la solución de los conflictos entre particulares, el Estado asume la heterotutela de los derechos subjetivos, mediante la aplicación del derecho objetivo por un tercero ajeno a las partes, el cual impone a éstas su decisión. La

Jurisdicción actúa el derecho sobre situaciones jurídicas ajenas respecto de las cuales está desinteresada objetivamente, mientras que la Administración, a pesar de que el funcionario en concreto esté desinteresado subjetivamente del asunto mantiene siempre su interés objetivo.

Con todo lo dicho podemos afirmar que la función jurisdiccional consiste en realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable<sup>36</sup> y ejecutando lo juzgado.

De la función del MF la Constitución nos dice en el art. 124.1 que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. El Estatuto en su art. 1 repite lo dicho en la Constitución y en el art. 3 establece pormenorizadamente las funciones que al MF corresponden para el cumplimiento de su misión. Tanto en el texto constitucional como en el estatutario está presente la que es principal misión del MF, a saber: pedir que se realice la función jurisdiccional y que se haga con arreglo al principio de legalidad. Se trata de una función

---

<sup>36</sup> Esta característica fue formulada por ALLORIO, Nuevas reflexiones críticas en temas de jurisdicción y cosa juzgada, en "Problemas de Derecho procesal", II, traducción Sentís Melendo, Buenos Aires, 1963, págs. 51 a 128, quien la considera como único criterio posible, independientemente de la perspectiva funcional, para identificar la actividad jurisdiccional.

postulante o requirente, pero en ningún caso decisoria. Se pide que el órgano jurisdiccional juzgue, que realice su función, pero no se juzga.

Visto que constitucionalmente no se atribuye al MF función jurisdiccional cabría preguntarse si se le podría atribuir en desarrollo legislativo del art. 3.15º EOMF ("ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuya"). La respuesta sería tajantemente negativa pues no sólo la Constitución no lo prevé al hablar de su misión, sino que la atribución constitucional de la potestad jurisdiccional recae exclusivamente en jueces y magistrados (art. 117.1 y 3) por lo que la atribución al MF de función jurisdiccional sería inconstitucional.

## **B) Estatuto jurídico judicial y estatuto del MF**

Los puntos de conexión entre el estatuto judicial y el fiscal pueden dividirse para su mejor estudio en dos apartados: requisitos de actuación y requisitos-garantía. En el primer apartado situamos el principio de legalidad y el de imparcialidad y en el segundo aquéllos requisitos que tienen como fin garantizar un determinado tipo de actuación. Trataremos ahí la inamovilidad, las incompatibilidades y las prohibiciones.

### **1. Requisitos de actuación**

Los principios de legalidad e imparcialidad rigen por mandato constitucional la institución fiscal. Igualmente el juez debe ser



imparcial y estar sometido a la legalidad. La incidencia de esos principios, sin embargo, es distinta en cada caso.

En cuanto a la legalidad y respecto del juez vemos que su sometimiento a la misma es exclusivo (art. 117.3 CE), mientras el MF a pesar de estar sometido a la ley<sup>37</sup> viene obligado también al cumplimiento de las órdenes de sus superiores por el principio de dependencia jerárquica<sup>38</sup>.

Se apreciará claramente el distinto alcance de la legalidad en uno y otro colectivo si repasamos cuál es la actuación que tiene un juez ante una disposición contraria a la ley y un fiscal ante una orden que considere ilegal. El juez puede hallarse bien ante una disposición contraria a la ley o al principio de jerarquía normativa, o bien frente a una ley inconstitucional. En el primer caso inaplicará directamente la disposición (art. 6 LOPJ) y en el segundo la

---

<sup>37</sup> El término ley es aquí utilizado con un significado amplio. Al hablar de ley nos referimos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (la costumbre que reúna los requisitos legales, los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente en España y los principios generales del Derecho).

<sup>38</sup> Esta desigual incidencia del principio de legalidad la explica ALAMILLO, cit., págs. 29 y 30, diciendo que aunque el principio en esencia es el mismo hay una importante diferencia de matiz. Porque en el art. 117.1 CE no se habla de la Judicatura sino, individualmente, de los Jueces y Magistrados, es decir, de las personas que integran esa institución. En cambio, cuando se trata del MF, ese principio de legalidad se refiere estrictamente a la institución, y no directamente a sus miembros, los fiscales, de los que en cambio la Constitución dispone que estarán sujetos a dependencia jerárquica. Así, mientras al personal jurisdiccional nadie puede darles órdenes o instrucciones sobre el modo de aplicar las leyes, porque con ello se violaría la independencia que les atribuye la Constitución, a los fiscales concretos, dentro del MF sí pueden darles órdenes o instrucciones sus superiores jerárquicos sobre el modo de actuar en general o en los asuntos concretos en que intervienen.

inaplicará preventivamente y planteará la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el TC (art. 35.1 LOTC). Por su parte, el fiscal que reciba una orden que considere contraria a las leyes se lo hará saber así a su Fiscal jefe. Si la orden procede de este último y no considerara satisfactorias las razones alegadas por el fiscal, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá reconsiderando o ratificando la orden. Si la orden procede de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. En todo caso, si el superior se ratifica en sus instrucciones lo hará mediante escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse del cumplimiento o bien encomendará a otro fiscal el despacho del asunto al que se refiera (art. 27 EOMF). Como puede apreciarse en cualquiera de los dos casos la iniciativa del fiscal de no obedecer la orden recibida por considerarla ilegal no impide que ésta acabe ejecutándose.

La diferencia entre uno y otro caso radica en que para el juez el referente directo de su actuación es la ley, bien examinada por él, bien por el TC, mientras que el fiscal actúa según las órdenes del superior jerárquico, que en todo caso poseen mecanismos para prevalecer en caso de discrepancia con el encargado de ejecutarlas.

Esta diversidad en el sometimiento al principio de legalidad encuentra su razón de ser en la independencia judicial. En efecto, el juez es independiente para de esta manera estar exclusivamente

sometido a la ley y sólo a ella, por eso debe ser independiente de todo lo demás. La independencia asimismo posee una dimensión legitimadora de la labor judicial: si sobre los órganos encargados de juzgar de modo irrevocable lo que es o no legal se cerniese la sospecha de que su juicio está predeterminado por factores ajenos a la legalidad y al objeto de enjuiciamiento, la confianza depositada en ellos como garantes del sometimiento de los poderes públicos y los ciudadanos al cumplimiento de la ley, se vería seriamente quebrantada<sup>39</sup>. Mientras el MF al no necesitar de la independencia por la naturaleza de la función que realiza -requiriente y no decisoria-, está sometido a la legalidad pero no exclusivamente a ella. Por debajo de la legalidad, pero con fuerza vinculante para los fiscales, están las órdenes de sus superiores.

En cuanto a la imparcialidad y aunque ésta característica no se predique textualmente de los jueces, es obvio que deben poseerla pues la LOPJ regula la abstención y recusación como mecanismos garantizadores de la misma. Por su parte el art. 28 EOMF dice que los miembros del MF son irrecusables y se remite para las causas de abstención a las establecidas para los jueces y magistrados en la LOPJ, en cuanto les sean de aplicación. De todos modos, y aunque no exista propiamente la recusación, las partes podrán dirigirse al superior jerárquico del fiscal de que se trate interesando que en el

---

<sup>39</sup> En este sentido dice MONTERO AROCA, J., en Derecho Jurisdiccional I. Parte General, cit., pág. 230, que "la independencia no es el privilegio de una casta sino la garantía del justiciable".

caso en concreto se ordene su no intervención.

La similitud existente en la regulación de las causas de abstención de jueces y fiscales podría hacernos pensar que en este punto sus estatutos coinciden. Un examen más detenido de lo que se entiende por imparcialidad nos servirá para despejar posibles dudas.

El concepto de imparcialidad implica el desinterés de una persona de un asunto en el que debe decidir o influir de uno u otro modo. Ahora bien, este desinterés puede ser subjetivo cuando sea estrictamente personal, y también puede ser objetivo cuando radique en un interés de carácter más general que afecta, no a la persona como individuo, sino como representante o miembro de un grupo o cuerpo. En aras de esclarecer la distinción entre la imparcialidad del juez y la del MF debemos destacar la diferencia conceptual entre independencia e imparcialidad. Mientras la primera implica ausencia de subordinación a nada excepto a la ley en la resolución de un asunto, la segunda hace referencia a ausencia de interés objetivo y/o subjetivo en la resolución del mismo.

Así, se entiende que el juez sea imparcial e independiente. Imparcial por no tener interés ni personal ni como representante del poder judicial e independiente porque en su juicio sólo utilizará como referente la ley, prescindiendo de otras subordinaciones. Mientras el fiscal es imparcial pero dependiente. Imparcial por no tener interés personal en la resolución del asunto, aunque no carecerá de interés corporativo en que prevalezca la solución por él propuesta (ausencia de desinterés objetivo). Por eso su

imparcialidad será de carácter subjetivo. Y dependiente porque el fiscal al postular determinada solución para el conflicto planteado tendrá como referente directo la interpretación que de la ley haga su superior jerárquico, que se presume ajustada a la legalidad<sup>40</sup>, aunque puede no estarlo.

## 2. Requisitos-garantía

La inamovilidad de los jueces es exigida por la propia Constitución en el art. 117.1 y 2. A su vez, la LOPJ desarrolla el concepto constitucional en los arts. 378 a 388. Con respecto a los fiscales la inamovilidad no viene establecida constitucionalmente. El texto estatutario tampoco se refiere a ella expresamente aunque de su regulación se desprende un concepto de inamovilidad aparentemente coincidente con el de la inamovilidad judicial. La inamovilidad es un derecho personal que consiste en no poder ser separado, suspendido, trasladado, ni jubilado sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

A pesar de esa aparente coincidencia la inamovilidad no tiene el mismo alcance para jueces y fiscales.

Para entender la diferencia se hace necesario distinguir entre la

---

<sup>40</sup> En este sentido dice DOLZ LAGO, M.J., en su Comunicación al VII Congreso de la Unión Progresista de Fiscales, cit., pág. 27 : "de nada vale que los fiscales nos empeñemos en tener una independencia que la Constitución sólo reserva al Poder Judicial ya que es él el que tiene que juzgar y que pretendamos confundir la imparcialidad de nuestra actuación con aquella independencia", (el subrayado es nuestro).

inamovilidad absoluta y la relativa. La primera se refiere al cargo y al concreto destino o puesto de trabajo y la segunda sólo hace referencia al cargo.

Partiendo de la existencia de esas dos clases de inamovilidad examinemos ahora la situación entre los jueces. Respecto de ellos puede decirse que existe, a su vez, dos tipos de puestos: los propiamente jurisdiccionales, que se proveen de modo reglado y con nombramiento de duración indefinida -el traslado forzoso sólo puede ser disciplinario o consecuencia del cambio de categoría- y los gubernativos (presidentes de Audiencias Provinciales, de Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional) que se proveen de modo discrecional y por tiempo limitado (cinco años aunque cabe confirmación en el puesto). Respecto de los cargos propiamente jurisdiccionales la inamovilidad que se predica es la absoluta, mientras que los gubernativos sólo gozan de inamovilidad relativa limitada al tiempo para el que fueron nombrados.

En punto a los fiscales distinguiremos entre los puestos de confianza, cuyo nombramiento y cese es discrecional (en este grupo se encuentran desde el FGE hasta los fiscales jefe de Tribunales Superiores de Justicia y de Audiencias Provinciales, más todos los destinos correspondientes a la categoría primera) y los demás puestos de la carrera. Tanto los unos como los otros, disfrutan sólo de inamovilidad relativa. Para los cargos de confianza lo corroboran

así los arts. 29, 36.1<sup>41</sup> y 4 y 41<sup>42</sup>, y para el resto de puestos el art. 40 EOMF que consagra el traslado forzoso en caso de disidencias graves con el fiscal jefe respectivo y también por enfrentamientos graves con el tribunal, en ambos casos por causas imputables al fiscal. Así los fiscales, desempeñen o no puestos de confianza, están siempre sujetos a la posibilidad de traslado forzoso distinto al disciplinario y al de promoción.

Con esta regulación legal podría pensarse que, a pesar de ser la inamovilidad absoluta privativa de los cargos judiciales, los cargos judiciales gubernativos y los cargos fiscales de confianza disfrutaban una misma clase de inamovilidad: la relativa. Sin embargo, incluso aquí existen matices pues la inamovilidad relativa de los cargos judiciales gubernativos está predeterminada. Se prolonga, en principio, por espacio de cinco años y durante los mismos los jueces son inamovibles también en el destino. Los fiscales sin embargo no saben el tiempo para el que son nombrados ni, consiguientemente, a partir de cuando pueden cesarles y trasladarles.

Las incompatibilidades judiciales y las fiscales son, a nivel

---

<sup>41</sup> Obsérvese la contradicción existente entre el art. 13 y el 36.1 EOMF. Según el primero es el FGE quien propone al gobierno los nombramientos, mientras que según el segundo es el gobierno quien provee los destinos previo informe del FGE. Con el art. 13 el gobierno nombra sólo de los propuestos por el FGE, por lo que los "nombrables" vendrían predeterminados por la propuesta previa. Con el 36 las facultades del gobierno son superiores ya que prevé a quien estime oportuno, previo informe no vinculante del FGE.

<sup>42</sup> Véase lo dicho en el capítulo anterior respecto a la remoción de los fiscales jefes.

constitucional idénticas y a nivel legal muy similares.

La CE en su art. 127 dice que: "los jueces y magistrados, así como los fiscales, cuando se hallen en activo no podrán desempeñar otros cargos públicos...". Con anterioridad el art. 70.1 a) y d) señala incompatibilidad entre el cargo de diputado y senador con el de magistrado del TC, juez y magistrado en activo.

La LOPJ se refiere a las incompatibilidades en sus arts. 389 a 394 y el EOMF en el 57 a 59.

Respecto a las prohibiciones la identidad es total. Tanto la CE (art. 127) como la LOPJ (art. 395) y el EOMF (art. 59) prohíben la pertenencia a partidos políticos y sindicatos.

A pesar de la similitud y, en ocasiones, identidad total de la configuración legal de la inamovilidad, las incompatibilidades y las prohibiciones de jueces y fiscales, existe una diferencia básica entre ellas. La diferencia radica en el distinto fundamento de unas y otras. Mientras las referidas a los jueces actúan como garantía de su independencia, las referidas a los fiscales poseen una finalidad distinta.

La independencia judicial se produce a dos niveles: como manifestación y como garantía. Por manifestaciones de la independencia se entienden las normas que constituyen la expresión jurídica de la independencia misma, que la establecen y articulan "de iure" con algo más que la mera afirmación de esa



independencia<sup>43</sup>. Las garantías, sobre el presupuesto de la existencia "de iure" de esa independencia y de la insuficiencia de ese reconocimiento para que la misma se realice con plenitud, tienen la función de garantizarla, tutelarla o protegerla frente a ataques de carácter indirecto<sup>44</sup>. La inamovilidad, las incompatibilidades y las prohibiciones referidas a los jueces son la expresión de esas garantías de la independencia que devienen necesarias por la imposibilidad de asegurar la independencia judicial con la mera declaración de la misma<sup>45</sup>. Abundando en este aspecto dice REQUEJO<sup>46</sup> que si bien la independencia en sentido jurídico no necesita ningún tipo de garantía, la independencia de hecho sólo puede conseguirse si se garantiza la desconexión del juez con respecto al mayor número posible de subordinaciones de naturaleza fáctica, capaces de condicionarlo con tanta eficacia como pudieran

---

<sup>43</sup> Sobre las concretas manifestaciones o declaraciones de la independencia véase MONTERO AROCA, J., en Derecho Jurisdiccional I. Parte General, cit., págs. 134 a 137. El autor se refiere a la sumisión exclusiva a la ley, no sumisión a normas contrarias a la ley, a tribunales superiores ni a entidad alguna.

<sup>44</sup> Distinción efectuada por ORTELLS RAMOS, M., en Concepto del Derecho Procesal, memoria para cátedra, inédita, Valencia, 1983, I, págs. 44-53.

<sup>45</sup> En este sentido dice SIMON, D., en La independencia del juez, pág.3, Barcelona, 1985, que "en el mundo del Derecho y la Política no es extraño encontrar versiones descriptivas de frases formuladas con una intención prescriptiva. Por regla general todos los miembros de una comunidad lingüística entienden que, lo que la constitución quiere es prescribir que el juez ha de ser independiente, y, de ninguna manera, exponer una situación ya existente".

<sup>46</sup> REQUEJO PAGES. J.L., en Jurisdicción e independencia judicial, Madrid, 1989, pág. 168.

hacerlo las subordinaciones jurídicas que se atajan y eliminan con la independencia de derecho.

Así, la necesidad de dotar de efectividad práctica a la independencia judicial se traduce en la necesidad, a su vez, de proporcionar al juez los resortes necesarios para repeler, activa o pasivamente, los ataques a la misma.

La normativa reguladora de la inamovilidad de los jueces y magistrados les libera del temor de que los criterios que mantengan en el ejercicio de la potestad jurisdiccional puedan perjudicarles en su vida profesional, exponiéndoles a arbitrarios apartamientos del cargo que ostentan.

Las incompatibilidades no persiguen sola ni principalmente asegurar una plena dedicación al ejercicio de sus funciones, sino evitar que, por la inserción del juez en órganos políticos y administrativos, pueda su actividad jurisdiccional ser fácilmente influida por los puntos de vista y criterios que en esos ámbitos sea lícito mantener pero que implican la pérdida de una actitud objetiva en cuanto al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Por último, las prohibiciones tienen la misma finalidad pero, en este caso, frente a las influencias que pudieran derivar del enraizamiento familiar, social y económico y de la toma de postura militante en las entidades que son cauce de la divergencia política

y de los enfrentamientos sociolaborales<sup>47</sup>.

La finalidad que persiguen la inamovilidad, las incompatibilidades y las prohibiciones de los fiscales, es como decíamos, distinta a la de la independencia. Esta primera afirmación es obvia puesto que los fiscales, como ya hemos puesto de manifiesto al referirnos a la legalidad y a la imparcialidad, no son independientes. ¿Cuál es, pues, el fundamento de estas instituciones en el estatuto jurídico de los fiscales? En primer lugar y respecto a la inamovilidad ese fundamento es de carácter eminentemente práctico. Puesto que la inamovilidad fiscal es relativa y no absoluta permite que si surge la necesidad de trasladar a algún miembro del MF con el fin de mejorar el funcionamiento del servicio, pueda hacerse. Este es el caso de los dos supuestos descritos en el art. 40 EOMF. Con la misma finalidad, la inamovilidad en el cargo de que disfrutaban los fiscales redunda también en la racionalización del servicio por cuanto los cambios de color del Gobierno no implicarán disminución en el número de los efectivos fiscales.

En cuanto a las incompatibilidades y prohibiciones tienen como finalidad primera preservar la imparcialidad subjetiva del MF. El ser diputado o senador o el estar afiliado a determinado partido político, por ejemplo, muy probablemente posibilitaría que las opiniones personales del miembro del MF trascendieran de su faceta

---

<sup>47</sup> La descripción de la inamovilidad, las incompatibilidades y las prohibiciones como garantías de la independencia es de ORTELLS RAMOS, M., en Concepto..., cit, págs. 52 y 53.

público-política e impregnaran su actuación ante los tribunales. En segundo lugar, las incompatibilidades y prohibiciones aseguran una plena dedicación al desempeño de las funciones propias del cargo fiscal con lo que revierten en el buen funcionamiento del servicio que los fiscales prestan.

### 3. Conclusión

Decíamos al principio del epígrafe anterior que para averiguar si el MF estaba o no integrado en el poder judicial se hacía necesario examinar si su función y la función jurisdiccional coincidían y si sus respectivos estatutos eran equiparables.

Como hemos visto el contenido de la función jurisdiccional no puede predicarse de ninguna de las múltiples funciones que, tanto la Constitución como el Estatuto, atribuyen al MF. Por lo que debe concluirse que, desde ese punto de vista, la distinción es clara.

Respecto del estatuto jurídico, se han examinado los puntos aparentes de conexión y se ha puesto de relieve como las coincidencias son más superficiales de lo que en una primera aproximación pudiera parecer, puesto que las regulaciones jurídicas similares poseen finalidades netamente distintas en uno y otro caso.

La conclusión provisional que podríamos ofrecer en este momento sería la de la no pertenencia del MF al poder judicial. Sin embargo antes de llegar a esta afirmación categórica se hace necesario dar un repaso a los argumentos esgrimidos desde la tesis judicialista por si alguno de ellos mantuviese su virtualidad.

La referencia a los principios de legalidad e imparcialidad como obstaculizadores de cualquier supeditación al ejecutivo, es manifiestamente inexacta. La interrelación del principio de dependencia jerárquica con el de legalidad hace, como hemos visto, que en caso de conflicto el criterio del superior sea el que prevalezca como representativo de la legalidad aún cuando sea posible su no adecuación a la misma. Por otro lado, la imparcialidad del MF es de carácter subjetivo y no equiparable a la independencia judicial. Desde esta perspectiva las supeditaciones al ejecutivo son perfectamente posibles.

El argumento referido a la existencia de dos magistraturas diferenciadas pero dirigidas a un mismo fin dentro del poder judicial no se mantiene en pie tras el examen de las funciones jurisdiccional y fiscal. Los jueces y magistrados son los titulares, porque así lo prescribe la Constitución, de la función jurisdiccional. Esta función jurisdiccional es la propiamente decisoria. La función postulante no es encuadrable en aquélla. La referencia a una magistratura integrada por fiscales y con función requirente dentro del poder judicial no es más que el exponente de una ilusión fiscal carente de bases constitucionales o jurídicas que la sustenten.

La actual superación de la calificación del fiscal como órgano de representación o de comunicación con el gobierno obligado al cumplimiento de las órdenes que, en materia legal, éste le diese, es cierta formalmente. Efectivamente ni en el art. 124 CE ni en el texto del EOMF podemos encontrar una definición literal del MF

como la arriba descrita. Pero de ahí a afirmar que el MF es independiente del poder ejecutivo y que el FGE no le está subordinado hay algo más que un paso. Se trata de un verdadero "salto en el vacío". Subsisten en el EOMF suficientes mecanismos legales para garantizar la sumisión y, consecuentemente, la dependencia, del MF al ejecutivo. Sin ánimo exhaustivo recordaremos algunos: nombramiento y cese del FGE, prevalencia del criterio del FGE frente a la opinión contraria de la Junta de Fiscales de Sala cuando el gobierno haya interesado alguna actuación, nombramiento y remoción libre de los fiscales jefes por el gobierno a propuesta del FGE, etc., Todo ello unido a la dependencia jerárquica interna que informa la organización del MF, hace que la subordinación, desde el primero hasta el último de los fiscales, esté potencial y actualmente garantizada.

Para concluir este repaso a los argumentos fundamentales que aportan los defensores de la tesis judicialista restan dos que, por ser de carácter legal, merecen un estudio más detenido. Nos referimos a la inclusión del MF en el título VI de la CE rubricado "Del Poder Judicial" y a la dicción del art. 2.1 EOMF en el que se proclama la integración del MF, con autonomía funcional, en el Poder Judicial.

Veamos en primer lugar qué es exactamente lo que se ha querido decir con ambas expresiones. El significado de la rúbrica "Del Poder Judicial" y la inclusión bajo la misma del art. 124 MF han sido perfectamente explicados por MOSQUERA a cuyos

razonamientos nos remitimos<sup>48</sup>. Recordaremos aquí tan solo que según la interpretación dada por este autor el significado del concepto "Poder Judicial" no queda alterado por la referencia, en el seno del mismo, a aspectos de la organización judicial o de su funcionamiento que teniendo relación con dicho poder no son merecedores de una consideración sustantiva y principal. Así el concepto poder judicial no quedaría perturbado por la inclusión del art. 124 bajo su rúbrica.

Siguiendo en esta línea de hallar el verdadero significado de las expresiones legales examinaremos que sentido tiene exactamente el inciso "integrado, con autonomía funcional, en el Poder Judicial". En este caso, la literalidad explicará por sí sola la expresión utilizada. En efecto, de la consulta de los trabajos parlamentarios se desprende con claridad esta conclusión: la voluntad de los redactores del Estatuto fue que el MF se inscribiera en el ámbito del poder judicial.

En el texto del Proyecto de ley se hablaba del MF "situado en el marco constitucional del poder judicial"<sup>49</sup>. A este texto se le formularon varias enmiendas. La n° 109 del grupo Minoría Catalana<sup>50</sup> proponía la redacción que ya la Ponencia aceptó y que

---

<sup>48</sup> MOSQUERA, L., ob. y lug. cit.

<sup>49</sup> En Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Trabajos parlamentarios, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Secretaría General, edición dirigida por LOPEZ GARRIDO, D., Madrid, 1984, pág. 13.

<sup>50</sup> Ob. cit. nota anterior, pág. 80.

sin modificaciones pasó al texto definitivo de la ley. La justificación que se hacía es sumamente ilustrativa de la clara voluntad de incardinar al MF en el poder judicial. Se decía que no era una modificación meramente semántica o de estilo, sino de fondo. "La expresión que se propone -integrado, con autonomía funcional, en el poder judicial- acentúa con mayor claridad y firmeza la judicialidad del MF, en tanto la acogida en el Proyecto parece limitar la vinculación en el poder judicial al nivel puramente formal del marco normativo. Y no debe perderse de vista que la integración del MF en el poder judicial es la mejor garantía de que su actuación va a estar sujeta, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad.

Sin embargo el encuadre institucional del MF depende de la regulación que de él haga el legislador. Si lo ha regulado, como hemos visto, haciéndolo órgano dependiente del poder ejecutivo, con estructura jerárquica y sin encomendarle función jurisdiccional, una afirmación voluntarista que lo enmarque en el poder judicial no es más que una entelequia.

Por otro lado la interpretación del Estatuto según el criterio sistemático impone el sentido propuesto por nosotros ya que de otro modo el resto del articulado que disciplina su dependencia externa e interna y sus funciones carecería de sentido al referirse a una institución integrada, aunque fuera con autonomía funcional, en el poder judicial que es esencialmente independiente.

Llegados a este punto puede ya afirmarse con rotundidad la no



pertenencia del MF al poder judicial. El paso siguiente es el de sostener su integración en el poder ejecutivo y ello no sólo porque sea la única de las alternativas posibles, sino también porque es la única razonable.

Si para diferenciar la figura del juez de la del fiscal hemos estimado necesaria la utilización de dos criterios, el funcional y el estatutario, como plataformas que nos permitieran observar las diferencias entre uno y otro colectivo, esos dos mismos criterios van a servirnos ahora para demostrar la razonabilidad de la conclusión propuesta.

El art. 103 CE se refiere a la función administrativa como la de "servir con objetividad los intereses generales". Esos intereses generales estarían constituidos por aquellos que se detrayeran del abstracto conjunto de los fines del Estado, quizás identificables con la ideá genérica del bien común<sup>51</sup>.

Por su parte el art. 124 CE dice que el MF tiene por misión la de promover ante los Tribunales la satisfacción del interés social. Lo que realiza promoviendo la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

Tanto la expresión "intereses generales" como "interés social"

---

<sup>51</sup> GARRIDO FALLA, F., Comentarios a la Constitución, Madrid, 1985, pág. 1424.

son sumamente genéricas. MARCHENA<sup>52</sup> las interrelaciona al considerar como interés afín al puramente social el interés general, hasta el punto de estar compenetrado o confundido con aquél.

En nuestra opinión, el interés social cuya promoción corresponde al MF, sería la concreción del interés general en un aspecto concreto: el de la promoción de la justicia. Así el MF sería un órgano a través del que se reconduciría el interés general en mantener o restablecer en su caso, el orden jurídico.

Entre el estatuto de los funcionarios y el de los fiscales encontramos semejanzas a dos niveles: en el más general de principios rectores y en el más concreto de requisitos-garantía.

Los principios rectores del MF se hallan presentes en el estatuto funcional. La imparcialidad se predica de los funcionarios en el art. 103.3 CE. y el sometimiento pleno a la ley y al derecho en el mismo artículo apartado 1. La dependencia jerárquica está presente en el principio de jerarquía que, según el mismo artículo rige la actuación de la Administración. Y desde el punto de vista propiamente estatutario pueden muy bien equipararse los principios fiscales de dependencia jerárquica y unidad de actuación con el deber de obediencia funcional. El art. 79 de la LFCE establece que los funcionarios deben respeto y obediencia a los superiores jerárquicos debiendo acatar sus órdenes con exacta disciplina.

En cuanto a los requisitos garantía también se encuentran en el

---

<sup>52</sup> MARCHENA GOMEZ, M., El Ministerio Fiscal: su pasado y ..., pág. 153.

estatuto de los funcionarios las incompatibilidades y la inamovilidad.

La necesidad del establecimiento de un sistema de incompatibilidades en el estatuto de los funcionarios públicos aparece previsto en el art. 103.3 CE. La incompatibilidad del funcionario es una exigencia derivada de la importancia y dedicación que la función pública exige. En esta línea está totalmente justificada la incompatibilidad con cualquier actividad que pueda menoscabar el estricto cumplimiento de las obligaciones del funcionario o comprometer su imparcialidad<sup>53</sup>. Refiriéndose también a las incompatibilidades dice GARRIDO FALLA<sup>54</sup> que así como es ajeno al interés público las actividades que un trabajador de una empresa privada realice al terminar su jornada laboral, no sucede lo mismo respecto a un funcionario. Debido a que está inserto, embebido, en el interés público de la Administración a la que sirve, puede generarse un régimen de incompatibilidades.

Según vimos al estudiar las incompatibilidades fiscales su fundamento estaba en garantizar la imparcialidad del fiscal y asegurar una plena dedicación al desempeño de sus funciones.

Respecto a la inamovilidad el art. 63.2 de la LFCE indica que "el Estado asegura a los funcionarios de carrera el derecho al cargo y, siempre que el servicio lo consienta, la inamovilidad en la

---

<sup>53</sup> PALOMAR OLMEDA, A., en Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Madrid, 1990, pág. 103.

<sup>54</sup> GARRIDO FALLA, F., ob. cit., pág. 1440.

residencia...". Como vemos, a los funcionarios se les garantiza el derecho a lo que venimos denominando inamovilidad relativa pues la inamovilidad se condiciona a las necesidades del servicio. Ello es lógico si se tiene en cuenta que la Administración debe actuar según el principio de eficacia que conlleva la restricción de determinados derechos en favor de la eficiencia del servicio.

Los fiscales, como comprobamos, disfrutan, cualquiera que sea el cargo que desempeñen, de inamovilidad relativa con el fin de garantizar el buen funcionamiento del servicio.

La conclusión final que ahora ya estamos en disposición de ofrecer parte de las siguientes consideraciones:

- La función del MF y la función administrativa se superponen hasta tal punto que, la primera puede entenderse incluida en la segunda.

- El estatuto de los funcionarios y el del MF poseen semejanzas relevantes cuya finalidad es análoga o idéntica.

Desde esta perspectiva la conclusión que de todo ello se desprende es obvia: el MF forma parte de la Administración y por tanto el estatus de sus miembros es el propio de los funcionarios<sup>55</sup>. Dado que el Gobierno dirige la Administración (art. 97 CE), es lógico que dirija también al MF.

---

<sup>55</sup> Esto justifica la jerarquía de fuentes que hemos utilizado en el Capítulo II y que incluía en tercer lugar, tras el EOMF y su Reglamento, la legislación funcional LFCE y LMRFP (art. 1.5 LMRFP en relación al 2.2 a) y 2.3 LFCE).

Tras estos razonamientos puede afirmarse que el MF se halla encuadrado institucionalmente en la órbita del poder ejecutivo y de él depende.

**« PARTE TERCERA: ACTUACION DEL  
MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL  
ABREVIADO »**

---

---

## **CAPITULO CUARTO**

### **« EL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR »**

## **I. EL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR DEL MINISTERIO FISCAL**

### **1. Introducción**

Una visión aproximada de la fase inicial del proceso penal nos la proporciona el art. 299 LECrim al hablar del sumario que constituye el más importante procedimiento preliminar. Según este artículo constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

Nos parece sin embargo mucho más exacta la aproximación que al fin y funciones de la etapa instructora hace PASTOR LOPEZ<sup>1</sup>. En opinión de este autor los objetivos específicos de la etapa instructora radican sustancialmente en justificar la celebración del juicio oral (es la función de evitar la celebración de juicios penales innecesarios o improcedentes) y facilitar el enjuiciamiento y efectividad del mismo, como una manera mediata de colaborar en la consecución de la finalidad genérica del proceso mismo, esto es, la realización de la justicia penal en el Estado de Derecho.

---

<sup>1</sup> PASTOR LOPEZ, M., El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal, Valencia, 1979, págs. 127-139.



Los responsables posibles de esta etapa, tras la LO 7/1988 son dos: el juez, tradicional instructor en nuestro derecho y el MF. De ahí que pueda hablarse de instrucción judicial e instrucción fiscal o más propiamente de procedimiento preliminar judicial y de procedimiento preliminar fiscal.

Justificamos el uso de esta terminología ("procedimiento preliminar") siguiendo las consideraciones de ORTELLS<sup>2</sup>: "procedimiento, para no prejuzgar su carácter jurisdiccional en todos los casos; preliminar, que denota, sobre todo, la posición en el tiempo de esta fase y sólo alude (no designa precisamente) a su funcionalidad respecto a la fase siguiente".

#### A) Tendencias doctrinales y plasmaciones legales de derecho comparado

En relación a la atribución al MF del procedimiento preliminar se han alzado en la doctrina y en las diversas legislaciones a lo largo del tiempo autorizadas manifestaciones a favor y en contra. A continuación ofrecemos una muestra significativa.

A favor encontramos la opinión de SERRA. Según este autor si el sumario es una actividad de naturaleza administrativa, lógicamente su formación debería estar confiada a los funcionarios administrativos que deben efectuar dicha calificación, es decir al

---

<sup>2</sup> ORTELLS RAMOS, M., Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal, (con MONTERO, GOMEZ COLOMER Y MONTON), Barcelona, 1993, pág. 122.

MF, sin perjuicio de que tuvieran que solicitar autorización judicial para la práctica de aquellas medidas cautelares que supongan limitación de los derechos individuales<sup>3</sup>.

Igualmente favorable a la idea del instructor fiscal es la postura mantenida por VIVES<sup>4</sup>: "Privar al juez de la investigación no significa, en ningún caso, menoscabar la función jurisdiccional, sino restaurarla en su sentido más propio, que es el acogido por la Constitución.(...) el juez (...) lo que no debe ser, en cualquier caso, es el responsable de la investigación oficial. (...). Atribuir a la misma persona la garantía de los derechos y la potestad que podría vulnerarlos no parece, en modo alguno, coherente.(...). La investigación estatal habría de realizarse extraprocesalmente y bajo la dirección de un órgano distinto del juez. Ese órgano habría de ser el Ministerio Fiscal que a tenor del art. 124.1 de la Constitución, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad".

Las Memorias anuales de la FGE también se han mostrado

---

<sup>3</sup> SERRA DOMINGUEZ, M., voz: Ministerio Fiscal, en "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", XVI, Barcelona, 1978, pág. 417.

La posición de este autor varía sustancialmente de la mantenida en La instrucción de los procesos civil y penal, en "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1969, págs. 723 y 724 : "Por nuestra parte entendemos que la instrucción del sumario debe ser confiada a funcionarios expresamente habilitados para dicho fin, sin ninguna relación ni con los jueces ni con el Ministerio Fiscal. (...) confiando la instrucción al Ministerio Fiscal, se posibilita la vuelta al sistema inquisitivo, con todos sus inconvenientes".

<sup>4</sup> VIVES ANTON, T.S., Doctrina constitucional y reforma del proceso penal, en "Poder Judicial", nº especial II, marzo, 1987, págs. 101 y 102.

favorables a la atribución de la instrucción penal al MF. Esta tendencia se hace manifiesta en la Memoria de 1987 y continua hasta nuestros días. En la de 1988 se puede leer: "(...) debo expresar mi coincidencia con la anunciada iniciativa del Gobierno de proponer al Parlamento la reforma de nuestra ley procesal encomendando la fase preparatoria del juicio oral al MF. Me atrevo a afirmar que del examen combinado de los artículos 117.3 y 4 y 124.1, de la Constitución se deduce que nuestros constituyentes quisieron separar las dos funciones esenciales de la justicia penal: la de juzgar que corresponde a Juzgados y Tribunales determinados por la ley (art. 117.3) y la de promover el juicio "promover la acción de la justicia" que otorga al fiscal (art. 124.1)"<sup>5</sup>. Más adelante y entre o tras líneas de reforma que se proponen para el proceso penal del futuro se encuentra la del inicial y único instructor: el fiscal<sup>6</sup>. Esta tendencia sigue reflejándose en las subsiguientes Memorias hasta llegar a la de 1991. En ella el FGE haciendo una valoración del proceso penal abreviado continua en la misma línea: "Ya en este momento es posible formular algunas conclusiones: como es que el modelo de proceso penal actual, que responde al principio acusatorio formal, aún con la reforma del procedimiento abreviado introducido por Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre, está originando una gran lentitud en la Justicia. (...)

---

<sup>5</sup> Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1988, págs. 20-21.

<sup>6</sup> Cit. nota anterior, pág. 81.

Hoy, después de la Constitución, consagrados los principios de legalidad y presunción de inocencia, el retraso procesal se nos presenta como limitador de ambos. Urge, pues, simplificar el proceso y ello sólo será posible adoptando un proceso típicamente acusatorio, con investigación del Ministerio Fiscal y quedando el juez de Instrucción como garante de los derechos fundamentales de las personas y quizá como instructor suplementario si alguna de las partes lo pide, tal como sucede en el derecho portugués. Esta institución del Juez de Instrucción suplementario, cuando lo pidan las partes, junto con la existencia en nuestro país de la acción popular y particular, garantizaría suficientemente todos los intereses en juego y disminuiría la burocracia del proceso escrito, y por lo tanto muchos de los defectos del proceso penal actual"<sup>7</sup>.

Las legislaciones actuales de países con sistemas jurídicos próximos al nuestro han adoptado claramente, tras sus últimas reformas, un modelo de procedimiento preliminar a cargo del MF.

Como ya vimos en el Capítulo I, en Alemania, la fase de averiguación ("Ermittlungsverfahren") está en manos de la Fiscalía, tras la derogación de la investigación previa judicial, mediante la Ley de Reforma Procesal Penal de 9 de diciembre de 1974. Así se establece en los §§ 160 y 163 StPO.

Según el primero de ellos: "I. Tan pronto hubiera tenido conocimiento la Fiscalía, por medio de denuncia o por otra vía, de

---

<sup>7</sup> Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1991, págs. 18 a 20.

la sospecha de un hecho punible, deberá averiguar las circunstancias, con el fin de tomar su resolución sobre si ha de ejercer la acción pública. II. La Fiscalía deberá averiguar no sólo las circunstancias que sirvan de inculpación, sino también las que sirvan de exculpación, y cuidar de recoger las pruebas cuya pérdida fuera de temer. III. Las averiguaciones de la Fiscalía deberán extenderse a las circunstancias que sean de importancia para la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho. Para ello podrá servirse de la ayuda judicial". Completándolo el §163 dice así: "I. Las autoridades y funcionarios de policía deberán investigar los hechos punibles, y tomar todas las ordenaciones que no permitieran aplazamiento, con el fin de prevenir el ocultamiento de la causa. II Las autoridades y funcionarios de policía remitirán sus actuaciones sin demora a la Fiscalía. Si pareciera necesaria la ejecución inmediata de actos judiciales de investigación, podrá tener lugar la remisión directamente al Amtsgericht"<sup>8</sup>.

Así pues es el fiscal el director del procedimiento de investigación. "La consecuencia del principio acusatorio para el legislador alemán es tanto la división de las tareas de investigar y acusar y de juzgar, como una estructura del órgano acusatorio en forma de Fiscalía totalmente separada de la de los tribunales"<sup>9</sup>.

En Italia, como vimos, tras la aprobación del vigente "Codice di

---

<sup>8</sup> El proceso penal alemán..., cit., págs. 337 y 339.

<sup>9</sup> Ob. cit, pág. 693.

procedura penale" mediante Decreto del Presidente de la República nº 447 de 22 de septiembre de 1988, el papel del MF se ha visto profundamente modificado. El es el "dominus" del procedimiento preliminar ("indagini preliminari), en el sentido de que lo dirige con una flexibilidad y agilidad que conllevarán, aunque en la rigurosa aplicación de la ley y bajo el control del juez, el uso de tácticas y estrategias investigadoras<sup>10</sup>. Así lo pone de manifiesto la nueva redacción de la ley procesal penal en aquel país. Así, según el art. 326 c.p.p. el Ministerio Público y la policía judicial desarrollan, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, las investigaciones necesarias para las determinaciones inherentes al ejercicio de la acción penal y según el art. 327 el Ministerio Público dirige las investigaciones y dispone directamente de la policía judicial.

Contraria a la instrucción fiscal era ya la posición mantenida por CARNELUTTI<sup>11</sup> que señalaba que la instrucción es, ante todo, función de juez, no de parte. A las partes compete a lo más una función accesoria; y una parte es también el Ministerio público. La instrucción es oficio del instructor, y el instructor debe ser un juez. Está fuera de duda, que, si el Ministerio público ha de intervenir en la instrucción, su figura no debe ser la de quien instruye, sino la de quien ayuda a instruir.

---

<sup>10</sup> DI NICOLA, E., La posizione del Pubblico Ministero nel nuovo processo penale, en "XVI Convegno su verso una nuova giustizia penale in memoria di Michele De Pietro", Lecce, 18-20 marzo 1988.

<sup>11</sup> Mettere il Pubblico Ministero..., cit., págs. 262 y 263.

En la actualidad entre nosotros DE LA OLIVA SANTOS<sup>12</sup> y FAIREN GUILLEN también se posicionan en contra del procedimiento preliminar fiscal.

Utiliza el primero argumentos de carácter general para apoyar su postura. En ese sentido dice que la fase preparatoria del juicio oral no entraña solamente investigación sino que comprende además de los actos de investigación, actos de valoración fáctica y jurídica del resultado de los actos de investigación y también importantes enjuiciamientos jurídicos, relativos a la procedibilidad de la entera causa criminal y a medidas cautelares. La cuestión no es quién investiga, sino quién dirige la fase preparatoria del juicio oral, que comprende esos tres elementos, íntimamente entrelazados unos con otros. Planteada así la cuestión parecen difícilmente discutibles dos conclusiones; primera, que nada aconseja escindir la investigación propiamente dicha y los enjuiciamientos sobre procedibilidad y medidas cautelares; segunda, que la única base preparatoria del juicio oral, con ese contenido heterogéneo pero amalgamado por su interrelación y su unidad de fin, debe seguir estando encomendada a la autoridad judicial.

FAIREN por su parte se fija en la dependencia del ejecutivo del MF como principal obstáculo para que éste sea el director de la instrucción. Su razonamiento es de carácter más específico que el

---

<sup>12</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal, Barcelona, 1988, págs. 70-71.

utilizado por DE LA OLIVA puesto que el grado de dependencia del MF respecto del poder ejecutivo, no es igual en España que en otros países. Según este autor la organización tradicional en España y las atribuciones del MF, entre las que sobresale la de ser el mantenedor por excelencia de la acción pública en el proceso penal, le transforma ante el pueblo en el "acusador" por antonomasia. Esta "apariencia" se basa en subjetividades genéricas difíciles de combatir y de destruir, cuando en el fondo hay una existencia de algo que algunos elementos del pueblo intuyen y que existe: que el MF depende del Gobierno... A FAIREN no le parece buena la idea de transplantar a nuestro ordenamiento jurídico un sistema ajeno, bueno en otros países con otras mentalidades colectivas y con otro concepto y organización de su Ministerio Público. Por tanto se posiciona como contrario a que el MF detente las potestades de instruir los juicios penales<sup>13</sup>.

Sin decantarse claramente en contra de la investigación fiscal ORTELLS<sup>14</sup> pone de relieve sus inconvenientes. El argumento básico utilizado por este autor es de carácter eminentemente práctico. En su opinión la carencia de medios materiales del MF, la insuficiencia del personal fiscal y auxiliar del mismo y el escaso

---

<sup>13</sup> FAIREN GUILLEN, V., El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988 (y II), en "Tapia", 1989, nº 45, pág.65.

<sup>14</sup> ORTELLS RAMOS, M., Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración político-jurídica, RDP, nº2, 1990, págs. 237 y 258.



peso que tiene en la formación de los fiscales la específica preparación en técnicas de investigación criminal, representan un obstáculo considerable a la asunción real por el MF de la investigación o de la dirección efectiva de la misma. Asimismo plantea una serie de interrogantes: ¿se producirá con la investigación fiscal una importante disminución de garantías para los derechos de los acusadores no oficiales y del imputado? Si para evitar esa disminución resulta conveniente establecer determinados complementos judiciales a la investigación fiscal ¿se alcanzarán los objetivos de reducción de la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y de aceleración del proceso penal, que también se persiguen con las nuevas atribuciones del MF?.

## **B) Derecho positivo español**

Una vez expuestos someramente los diversos posicionamientos doctrinales y legales veámos cuál es en España el diseño que da la ley al procedimiento preliminar fiscal.

La normativa reguladora de la investigación preprocesal se encuentra por un lado en el EOMF y por otro en la LO 7/1988 y se centra en los siguientes preceptos.

Art. 5 EOMF: "El fiscal podrá recibir denuncias enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante. Igualmente y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los

que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la LECrim, las cuales no podrán suponer adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante podrá ordenar el fiscal la detención preventiva. Todas las diligencias que el MF practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad".

Art. 785 bis LECrim: "1. Cuando el MF tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado practicará el mismo u ordenará a la policía judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el juez de instrucción. En otro caso instará del juez de instrucción la incoación de las correspondientes diligencias previas con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

2. El MF podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en esta ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta ley para la prestada ante el juez o tribunal.

3. Cesará el fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga

conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos."

Art. 789.3 LECrim: "Sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación, así como cuando el procedimiento se iniciare por denuncia presentada en el Juzgado o por querella, el juez ordenará a la policía judicial o practicará por sí las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta de su incoación y de los hechos que la determinen al fiscal de la Audiencia correspondiente".

Cada uno de estos bloques de preceptos tiene un ámbito específico. El art. 5 EOMF es el más general pues abarca todos los procesos penales de que conozca el MF, mientras los artículos de la LECrim se circunscriben específicamente al proceso abreviado. Nos encontramos ante dos clases de investigación distintas cada una, con ámbito propio y condiciones específicas<sup>15</sup>.

Las diferencias entre la investigación del EOMF y la de la LECrim son fundamentalmente dos.

---

<sup>15</sup> En contra, Circular 1/1989 "... se trata de una misma investigación contemplada en dos textos legales que se complementan (...) ante la ausencia de una norma que imponga al fiscal elegir una concreta de ambas en cada caso, podría optar por la más conveniente y hasta transformar una en otra si lo estimara oportuno". En nuestra opinión no hay tal ausencia de norma. Los arts. 785 bis y 789.3 están ubicados en el libro IV del título III LECrim. bajo la rubrica : "Del procedimiento abreviado para determinados delitos". Si el legislador quiso extender esta investigación al resto de procedimientos debió haberlo hecho constar así.

En primer lugar, en cuanto a las facultades, el fiscal puede, en el marco del proceso abreviado, hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la LEcrim. para la citación judicial, potestad de la que carece en el proceso ordinario en el que esa comparecencia va precedida siempre de llamamiento judicial (arts. 385 y 410 LECrim).

En segundo lugar la diferencia radica en el art. 789.3. En efecto, y como pone de manifiesto ORTELLS el significado de esta disposición es, una vez corregida su interpretación literal que parece limitarlo al atestado policial, que si las diligencias de investigación practicadas por el MF sólo precisan ser completadas mediante una instrucción judicial o dirigida por el juez en cuanto sean materialmente insuficientes para fundar acusación, desde un punto de vista jurídico-formal, tienen la eficacia propia de los actos de la instrucción previa y no requieren ser judicialmente reiterados<sup>16</sup>. Naturalmente cuando las diligencias sean suficientes para formular acusación y el juez así lo estime adoptará cualquiera de las resoluciones del art. 789.5. De este modo, cuando el art. 785 bis refiriéndose al MF dice "... en otro caso instará del juez de instrucción la incoación de las correspondientes diligencias previas..." hace alusión al mero acto formal de abrir un expediente y asignar un número a la causa si el juez está de acuerdo con los

---

<sup>16</sup> ORTELLS RAMOS, M., El nuevo procedimiento penal abreviado: Aspectos fundamentales, en "Justicia", 1989, III.

resultados de la investigación llevada a cabo por el fiscal y no ve necesidad de completarla.

La omisión de la presunción de autenticidad por la LECrim no debe considerarse como una diferencia entre una y otra investigación. En realidad esta presunción es inherente al carácter de documento público de las diligencias realizadas por el fiscal y da fe de que los concretos actos de investigación se realizaron y del resultado que se obtuvo, sin entrar en más consideraciones<sup>17</sup>.

Así pues, junto a la instrucción judicial tradicional surge, aunque tímidamente, un nuevo modo de preparar el juicio oral a cargo del MF.

### C) Lo que pudo haber sido el procedimiento preliminar fiscal

El papel del MF en el procedimiento preliminar pudo, sin embargo, haber sido muy diferente. En efecto, en el Anteproyecto de la Ley Orgánica a que nos referimos, al MF se le encomendaba la dirección del procedimiento preliminar con las siguientes características:

1º. Se le otorgaban facultades hasta ese momento exclusivamente judiciales. P.e., podía adoptar por sí mismo, aunque con carácter urgente, medidas cautelares, designar la

---

<sup>17</sup> En otras palabras que: "podría hablarse de una autenticidad formal de aquellas diligencias que, sólo en el acto del juicio oral y mediante su estimación por la sentencia, podría devenir en una autenticidad real". MARCHENA GOMEZ, M., El Ministerio Fiscal..., cit, pág. 186.

pensión provisional que debían abonar las compañías aseguradoras, acordar el archivo provisional de las actuaciones cuando no existiera autor conocido, etc.,

2º. Se hacía de las diligencias preliminares una fase no necesaria, ya que era posible que la investigación fiscal desembocara en la formulación directa de un escrito de acusación (art. 781.3 c).

3º. Se posibilitaba la existencia de dos investigaciones paralelas, la judicial y la fiscal, ya que éstas últimas cesarían cuando el juez hubiere incoado diligencias sobre los mismos hechos y además, así lo reclamare (art. 781.5)

El Informe del CGPJ al Anteproyecto de ley<sup>18</sup> fue sumamente crítico con las nuevas atribuciones efectuadas en materia de investigación al MF. Según este Informe la regulación de la actividad investigadora del MF es confusa e introduce un elemento altamente perturbador en esta fase del proceso. Carece de sentido, por la inseguridad jurídica que genera, mientras subsista la instrucción en el proceso penal, que un órgano jurisdiccional independiente e imparcial, con la exclusiva función de instruir, coexista con otro órgano con funciones paralelas y no bien delimitadas con las suyas.

---

<sup>18</sup> Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se crean los Juzgados de lo Penal y se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal, publicado en el BIMJ, núm. extraordinario, octubre 1988.

Por otro lado, y según este mismo Informe, existían suficientes disposiciones en la LECrim. y el EOMF para afrontar las novedades del nuevo proceso abreviado.

Todo esto en líneas generales. Más concretamente en relación al articulado, las observaciones que se hacen a los arts. 781 y 781 bis, en donde se contienen los rasgos fundamentales del procedimiento preliminar fiscal, se resumen en dos. Con carácter principal se aconseja la supresión de todo el contenido de estos artículos, con carácter subsidiario se exponen una serie de consideraciones muy variadas que de haberse aceptado en su totalidad habrían alterado muy sensiblemente la redacción de estos preceptos.

La respuesta gubernamental fue sumamente receptiva a este Informe del CGPJ, de modo que ya en el Proyecto de Ley encontramos el art 781 bis suprimido, el art. 781 permanece, pero con cambios, el párrafo 2º del art. 789, ahora 789.2 tiene el mismo contenido<sup>19</sup> y surge un nuevo art. 785 bis.

La redacción definitiva de estos preceptos en la LO 7/1988 no contiene apenas diferencias con la del Anteproyecto, por lo que no es necesario hacer mención de ellas. Se aprecia un cambio de numeración pues el art. 789.2 pasa a ser el 789.3.

Como hemos visto la posición del MF en el "iter" legislativo de la LO 7/1988 sufrió un cambio a la baja, y lo que inicialmente

---

<sup>19</sup> El Informe del CGPJ había pedido para este párrafo 2º sólo mayor claridad, no abogó por su supresión.

parecía que iba a ser una gran renovación del papel del MF, finalmente quedó en un intento fallido. Existe no obstante, un procedimiento en nuestro marco jurídico actual en el que finalmente ha cuajado la figura del MF instructor. Nos referimos a la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. En su Exposición de Motivos se declara que la dirección de la investigación y la iniciativa procesal corresponderán al MF. Y en la nueva redacción dada al art. 15.1.2ª de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores se lee: "corresponde al MF la defensa de los derechos, la observancia de sus garantías, el cuidado de la integridad física y moral del menor, por lo que dirigirá la investigación de los hechos, ordenando que la Policía Judicial practique las actuaciones que estime pertinentes para su comprobación y la de la participación del menor en los mismos (...)".

Las diferencias entre lo que nosotros venimos denominando procedimiento preliminar judicial y procedimiento preliminar fiscal son importantes. La Circular 1/1989 las pone de manifiesto.

Hay en primer lugar diferencias de sistema. El procedimiento preliminar judicial se incardina en el sistema mixto, la investigación a cargo del fiscal en el acusatorio. En cuanto a la finalidad, la instrucción judicial tiene como fin determinar si existe un hecho delictivo y una persona que debe ser sometida a enjuiciamiento. La investigación fiscal si existen elementos para formular una



acusación, cuyo fundamento examinará el tribunal, antes de someter a enjuiciamiento al acusado<sup>20</sup>. Desde el punto de vista de la naturaleza, los actos de investigación llevados a cabo por el juez pueden llegar a ser material probatorio del juicio oral concurriendo determinadas circunstancias<sup>21</sup>. Los actos llevados a cabo por el fiscal en el desarrollo de sus investigaciones, para alcanzar valor probatorio, deben reproducirse en el juicio oral con las garantías de la prueba.

Para finalizar esta introducción hemos de resaltar que la carencia de condiciones necesarias para que la investigación fiscal pueda ser ejercida con toda efectividad es puesta de manifiesto no sólo por la doctrina sino también por la propia Fiscalía General del Estado<sup>22</sup>, por lo que se aconseja desde esa misma instancia centrar las energías del fiscal cuando se trate de investigar casos excepcionales en que entren en juego intereses públicos y sociales, mientras se recomiendan investigaciones más sucintas para los supuestos

---

<sup>20</sup> Aunque genéricamente los objetivos de las dos "preparaciones" sean similares - la comprobación del delito y la averiguación e identificación de los posibles culpables- hay una diferencia fundamental ya que en el fiscal no reside la facultad de decidir en última instancia si se abre o no el juicio oral, facultad esta residenciada en todo caso en el juez instructor.

<sup>21</sup> Véanse los arts. 714 y 730 LECrim.

<sup>22</sup> "En estos momentos el MF está en crisis de desarrollo, carece de las dotaciones personales y materiales suficientes, tiene pendiente un despliegue en los órganos judiciales del territorio, que le permita una mayor inmediatez en su actuación, carece de un presupuesto para atender a los gastos que una investigación ágil y en profundidad exige" Circular 1/1989 FGE, Suplemento al BIMJ nº1522, pág. 26.

carentes de esa excepcionalidad.

## 2. Actos de iniciación

El modo según el cual el fiscal toma conocimiento de la "notitia criminis" determina dos maneras distintas de iniciar el procedimiento preliminar, según que la iniciativa obedezca a una actividad "ex officio" o se deba a instancia de parte.

### A) De oficio

La apertura de la investigación por parte del MF cuando tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo se establece como una obligación en el art. 785 bis.1 LECrim

En cuanto a qué debe ser considerado "noticia de un hecho aparentemente delictivo" es decir, si basta con un vago rumor o si es necesario una admisión generalizada, es ilustrativa la distinción que hace ARAGONESES<sup>23</sup> que aunque referida al inicio del procedimiento preliminar judicial es de plena aplicación. Distingue este autor entre:

a) Voz pública, entendiéndose por tal el supuesto de que entre la población de un lugar esté difundida la opinión de que se ha cometido un determinado delito por obra de una persona designada o desconocida.

---

<sup>23</sup> ARAGONESES ALONSO, P., Instituciones de Derecho Procesal Penal I, Madrid, 1979, pág. 262.

b) Notoriedad, que se produce cuando la generalidad de las personas del lugar admiten como cierta la perpetración de un delito, con indicación o no de los culpables y de las pruebas.

c) Flagrancia, por la cual la noticia del hecho se obtiene mediante la asistencia a la perpetración de ese mismo hecho (flagrancia propiamente dicha) o por efecto de consecuencias o reacciones inmediatamente producidas por él (cuasi flagrancia).

En los casos de voz pública y notoriedad, corresponderá al fiscal determinar si debe o no abrir diligencias. A este respecto advierte la Circular núm 1/1989 que éste no debe precipitarse a provocar la iniciación de un proceso penal sin suficientes elementos de juicio y sólo por noticias o referencias cuya exactitud no ha contrastado, pero no debe tampoco perder de vista que, a la opinión pública tanto tranquiliza el desmentido tras una investigación imparcial, de sus temores o sospechas como el conocimiento de que como consecuencia de tal investigación se ha ejercitado una acción penal.

## **B) A instancia de parte**

Existen dos supuestos, la denuncia y el atestado.

### **a) La denuncia**

La denuncia procesal penal se configura como una declaración de conocimiento a través de la que se puede o debe comunicar a las autoridades judiciales, miembros del MF o policía la comisión de

unos hechos que podrían ser constitutivos de delito o falta<sup>24</sup>.

El MF en virtud del art. 5 de su Estatuto tiene potestad para recibir denuncias.

En cuanto a su forma y según el art. 265 LECrim, puede ser verbal o escrita. En el segundo caso debe ser ratificada por el denunciante, especialmente cuando alegue ser víctima o perjudicado por el delito, en cuyo caso la diligencia de ratificación debe convertirse en declaración que aporte los datos que el denunciante posea sobre el hecho denunciado (Circular 1/1989).

Es de resaltar la diferencia fundamental que existe entre esta denuncia y la presentada ante el juez, en el sentido de que con la primera no se entiende necesariamente cumplido el derecho a la tutela judicial efectiva y por ello la ley permite la reiteración judicial de la misma (art. 785. bis 1 LECrim)

Si la denuncia fuera anónima hay que distinguir dos supuestos<sup>25</sup>.

1. Cuando se trate de una denuncia relativa a un hecho futuro. Dado que al MF no se le encomienda la función de prevención de los delitos, debe concluirse que no incoará el procedimiento preliminar no judicial. Y lo que sí hará en cambio será dar traslado del escrito anónimo a los órganos a los que se atribuye la prevención, es decir, es decir, a la policía.

---

<sup>24</sup> MONTON REDONDO, A., Derecho Jurisdiccional III, cit., pág. 148.

<sup>25</sup> MONTERO AROCA, J., La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal, conferencia pronunciada en Granada el día 24 de junio de 1993.

2. Tratándose del supuesto de denuncia anónima relativa a hechos delictivos ya cometidos, opinamos con MONTERO que una denuncia anónima no puede ser el elemento determinante de la incoación de un proceso penal, pero sí puede ser causa de iniciación de un procedimiento preliminar fiscal. Así, presentada una denuncia anónima ante un funcionario del MF, bien directamente, bien porque le haya sido remitida por un órgano jurisdiccional éste puede:

a) Archivarla sin más, al considerar que los hechos relatados no son constitutivos de delito

b) Acordar u ordenar a la policía judicial la práctica de las diligencias que estime pertinentes para:

a') Aclarar los hechos denunciados y la responsabilidad de los partícipes en los mismos.

b') Descubrir al autor de la denuncia anónima, en cuanto la misma puede haber sido medio u ocasión para la comisión de un delito.

En estos dos últimos casos, al término de su investigación, el fiscal podrá, o bien archivar las actuaciones, o bien ejercer la acción penal ante el tribunal competente.

#### **b) El atestado**

El atestado supone que el conocimiento de hechos presuntamente delictivos haya sido adquirido por la policía directamente o bien por haber sido denunciado ante ellos. El fiscal puede tomar

conocimiento de la "notitia criminis" mediante la presentación del atestado por la policía.

Según el art. 284 LECrim: "Inmediatamente que los funcionarios de policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público (...) lo participarán a la Autoridad judicial o al representante del MF...". Este artículo está en contradicción con el 789.1 LECrim ("La policía Judicial hará entrega de los atestados al juez competente (...) remitiendo copia del atestado al MF"), que parece establecer la obligación de entregar el atestado, en todo caso, al juez. La contradicción debe resolverse a favor del primero de los preceptos citados. De otro modo no tendría sentido el mismo art. 785 bis 1 ni el art. 4º del RD 769/1987 de la policía Judicial cuando dispone que "todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cualquiera que sea su naturaleza y dependencia, practicarán por su propia iniciativa y según sus respectivas atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieren relacionados con su ejecución, dando cuenta a la Autoridad Judicial o Fiscal directamente a través de las Unidades Orgánicas de la policía Judicial".

Así pues, la única obligación que se infiere para la policía judicial del art. 789.1 LECrim es la de remitir copia del atestado al MF tras haber presentado el original al juez competente.

El acuerdo de apertura deberá adoptar la forma de decreto, que

es la modalidad usual para reflejar las decisiones internas del fiscal. Igual forma adoptarán los sucesivos acuerdos de ordenación y práctica de diligencias tomados en el curso de la investigación.

### 3. Actos de investigación

#### A) Su diferencia con respecto a los actos de prueba<sup>26</sup>

Los actos de investigación y los actos de prueba poseen ciertamente similitudes que han sido puestas de manifiesto por la doctrina. Para realizar unos y otros sirven las mismas fuentes y medios. Asimismo ambos contribuyen a alcanzar un conocimiento de los hechos relevantes para el proceso. Sin embargo el régimen de comprobación de hechos en el proceso no responde sólo al objetivo de alcanzar un conocimiento sobre los mismos, sino también a otros intereses y principios, punto éste en el que divergen la función y finalidades de los actos que estudiamos.

Ambas clases de actos tienen diferente naturaleza jurídica, lo que se pone de manifiesto al analizar sus diferencias que, en síntesis son las siguientes:

1º) El acto de prueba está dirigido a convencer al juez de la verdad de una determinada afirmación. El acto de investigación no

---

<sup>26</sup> En la redacción de este epígrafe nos hemos basado fundamentalmente en ORTELLS RAMOS. M., Derecho Jurisdiccional III..., temas 82 y 87. Y en el artículo del mismo autor titulado Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 LECrim., RDProIberoam, 1982.

se refiere a una afirmación sino a una hipótesis.

2º) El acto de investigación forma parte del procedimiento preliminar y está al servicio de sus funciones, el acto de prueba se integra en el juicio oral y sirve al fin de éste.

3º) Existe una diferente calidad del juicio en las resoluciones que se basan en actos de investigación (juicio de mera probabilidad) y en la que se basa en actos de prueba (plena convicción).

4º) La distinta naturaleza entre uno y otro tipo de actos justifica el que el legislador distinga el régimen jurídico de su práctica.

En la realización de los actos de prueba deben respetarse escrupulosamente los principios de inmediación y contradicción, que son los que informan el juicio oral. El nivel de exigencia de estos principios disminuye cuando lo que se realiza es un acto de investigación.

La distinción entre los actos de investigación judiciales y los actos de prueba, a pesar de lo expuesto, puede resultar difícil pues ambos son dirigidos por un órgano jurisdiccional y practicados ante él. Es más puede llegar a resultar realmente confusa si se utiliza la documentación sumarial en el juicio oral como regla general<sup>27</sup>, para ello debe partirse necesariamente de una concepción inquisitiva,

---

<sup>27</sup> Esta posibilidad es admitida con carácter restrictivo y sólo en determinados supuestos por los arts. 714 y 730 LECrim.



según la cual, la práctica de la prueba en el juicio tiene una función correctora y complementaria de la investigación sumarial de lo que deriva que esta última es por principio apreciable junto a la prueba del juicio para dictar sentencia. Si además de ser el órgano el mismo las funciones convergen la distinción deviene imposible.

La disparidad en cambio, se manifiesta meridianamente si se tiene presente lo que debe ser regla general sobre la introducción en el juicio de la documentación de actos de investigación y cuáles son sus excepciones.

Según la LECrim los elementos para fundar la sentencia deben serle proporcionados al tribunal exclusivamente en el juicio oral, con la extensión adecuada al objeto probatorio del proceso, según las reglas que el principio de contradicción impone para la práctica de cada medio de prueba y con inmediación entre el juzgador y el medio de prueba para una correcta libre valoración. Las excepciones a esta regla general se fundarían básicamente en la necesidad de evitar que por imposibilidad de practicar un medio de prueba en el juicio oral, se perdiesen para el proceso los resultados de éste, en perjuicio de la finalidad procesal de descubrimiento de la verdad y del interés de las partes en que puedan apreciarse los datos que favorezcan sus posiciones respectivas. Esta última consideración fundamenta la existencia en la LECrim de los arts. 730 y 714 que autorizan la lectura de la documentación de diligencias sumariales y reconocen a la misma valor probatorio.

Cuando lo que se trata de distinguir son los actos de investigación

realizados por el MF o por la policía, de los actos de prueba, se plantean muchas menos dificultades, ya que los primeros son practicados sin intervención del órgano judicial, cosa que nunca acontece en la realización de los segundos.

El problema que surge en esta sede es la posibilidad de que la documentación de los actos de investigación no judicial constituya fuente de prueba documental que acceda al juicio oral a través de ese mismo medio de prueba de forma indiscriminada. El conflicto se plantea ante la inexistencia de un artículo con las previsiones del 730 LECrim para los actos de investigación no judiciales.

Así pues, ante la falta de norma expresa y por el irreparable perjuicio que significaría la pérdida irremediable de datos obtenidos en el curso de las investigaciones pero irrepetibles en el juicio oral, se hace necesario adoptar un criterio con relación a la introducción de ese material en la segunda fase del proceso. Este criterio deberá ser necesariamente restrictivo.

La admisión deberá ceñirse al cumplimiento de dos requisitos:

a) la imposibilidad de practicar el medio de prueba por causas independientes de la voluntad de las partes, lo que puede interpretarse en el sentido de que la prueba documental sólo se admita cuando las partes hubieran asumido todas las cargas procesales para la práctica del medio de prueba en cuestión y, a pesar de ello, la práctica no hubiera sido posible y

b) que en el acto de investigación se hayan respetado las

garantías de la defensa.

Cuando la diligencia fuese practicada por el MF directamente bastará la lectura de la documentación sin ser necesaria la declaración. Avala esta solución el art. 5 III EOMF que atribuye a esta documentación presunción de autenticidad y también al 703 LECrim que permite a los miembros del MF la declaración por escrito en cuanto a hechos conocidos en el ejercicio de sus funciones.

Si el acto de investigación se llevó a cabo por la policía judicial sí será necesaria la declaración durante el juicio oral de los agentes policiales que intervinieron en la concreta diligencia al no existir norma que permita su declaración por escrito. Y ello incluso en el caso de actos de investigación que podrían ser calificados como excepcionales por el grado de fiabilidad que comportan. Nos estamos refiriendo a los atestados en los que se realizan pruebas de impregnación alcohólica.

Efectivamente el atestado que contenga una diligencia de este tipo resulta peculiar ya que "de un lado, contiene el resultado de un test practicado con ayuda de instrumental técnico especializado al que puede atribuirse el carácter de prueba pericial "lato sensu" y aún cuando no constituya el único medio de investigación del supuesto delictivo, supuesto que no consiste en la práctica de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Por ello, si alguno de dichos aspectos es cuestionado,

la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en que consta el resultado del test alcoholimétrico no puede por sí misma servir de fundamento de un fallo condenatorio. Es preciso en tales casos que el test sea avalado o complementado en el curso del proceso para que pueda convertirse en prueba de cargo"<sup>28</sup>. Respecto al modo de complementar esa diligencia de investigación para que pueda destruir en el juicio oral la presunción de inocencia será necesario al decir de la FGE<sup>29</sup>:"

1º Confesión o reconocimiento de la ingestión alcohólica previa a la conducción por parte del interesado.

2º Declaración durante el proceso o en el juicio oral de los agentes policiales que intervinieron en la retención del conductor y en la prueba de alcoholemia, para, que en este último caso, confirmen su resultado y los requisitos que la hacen eficaz.

3º Declaración de los posibles testigos que puedan ratificar el test alcoholométrico merced a los signos externos de una posible embriaguez en el conductor."

**B) Actos de investigación realizados por el MF o practicados bajo su dirección: especial referencia a la entrada y registro en lugar cerrado**

Con respecto a los actos de investigación que forman parte del

---

<sup>28</sup> STC 145/1985, de 28 de octubre, FJ nº4.

<sup>29</sup> Circular 2/1986, de 14 de febrero.

contenido del procedimiento preliminar se hace necesario distinguir, a nuestros efectos, los que pueden realizarse por el MF o bajo su dirección, de los que no está facultado para llevar a cabo, es decir, los que necesitan resolución judicial para su práctica. Los primeros son los que fundamentalmente nos interesan ya que se inscriben en el marco del procedimiento preliminar fiscal objeto de estudio. Sin embargo será útil hacer alguna referencia en torno a los segundos y ello por razones que en su momento expondremos.

Según el art. 785 bis LECrim el MF practicará u ordenará a la policía judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. Al decir de la Circular 1/1989 del texto de este artículo se deduce que el fiscal puede acordar cualquier clase de diligencia, documental, personal, pericial o real, que estime útil a los fines de la investigación. Siempre teniendo en cuenta que el MF no podrá acordar ninguna diligencia o medida que suponga limitación o restricción de derechos, salvo la detención<sup>30</sup>. A continuación hemos de acudir a la citada Circular para saber cuál es el iter procedimental que debe seguirse en la realización de esas actividades, ya que la LO 7/1988 no hace más que remisiones

---

<sup>30</sup> "En modo alguno se puede conferir al Ministerio Público la facultad de limitar el libre ejercicio de los derechos fundamentales que, por imperativo constitucional, constituye un patrimonio exclusivo de la jurisdicción. Por consiguiente, la asunción del MF de las funciones instructoras ha de ceñirse a los actos de investigación que no entrañen dicha limitación" GIMENO SENDRA, V., Algunas sugerencias sobre la atribución al MF de la investigación oficial, en "Justicia", 1988, n°IV, pág. 883

genéricas.

Sistematizando se distinguen en primer término las potestades del fiscal relativas a la citación de personas para declarar como testigos o imputados.

El art. 785 bis concede potestad al MF para hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la LECrim para la citación judicial a fin de recibirle declaración en la cual se observarán las mismas garantías que establece la LECrim para la prestada ante el Juez o Tribunal. Esta remisión supone para los testigos que hay que acudir a los arts. 410 y ss respecto a las personas obligadas a comparecer y a los arts. 166 y ss. relativos a las formalidades de las citaciones, especialmente al 175 para la forma de la cédula de citación.

La Circular indica que la remisión a la citación judicial implica entender que las consecuencias de la incomparecencia al primer y segundo llamamiento, son aplicables también por el MF. Esto significa que el MF tendrá las facultades sancionadoras del juez en orden a la imposición de multas y conlleva una modificación del tipo penal del art.372 II CP al incluir en el mismo al lado del Tribunal al MF.

En este punto discrepamos abiertamente de la opinión de la FGE. Tal extensión del tipo por una disposición de carácter no penal supone a nuestro entender una clara vulneración del principio de legalidad. Si el legislador de 1988 quiso que la incomparecencia ante el MF tras dos llamamientos fuese constitutiva de un delito de

denegación de auxilio debió haber reformulado el tipo del art. 372 II CP. En cuanto a la imposición de multa tras la incomparecencia al primer llamamiento, por ser una disposición de carácter sancionador no puede entenderse aplicable, en virtud sólo de una remisión genérica.

Con respecto a la citación de imputados habrá de estarse a lo dispuesto en los arts. 486 y 487 LECrim , con la posibilidad de detención si el citado no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida.

En relación a la forma en que deben desarrollarse las declaraciones de testigos se dispone que serán exhortados a decir verdad, pero no se les exigirá juramento o promesa de ello. La declaración no constituirá prueba testifical, por lo que su obligación de decir verdad deriva de su condición de ciudadano que ha de colaborar con la Justicia, pero no de su condición de testigo. Por ello si faltan a aquella obligación no incurrir en el delito de falso testimonio.

En el interrogatorio del imputado habrá que informar a éste de los derechos que le concede el art. 24 CE y deberá hacerse en presencia de un letrado (art. 788.1) para lo cual el art. 788.5 prevé que los Colegios de Abogados remitan al MF una copia de la lista de colegiados ejercientes del turno de oficio, así como de las modificaciones que se vayan produciendo.

Con carácter general y para todas las diligencias se dispone que:

1º) En ellas no intervendrá ningún funcionario actuando como

secretario que dé fe de ellas. Se dice que no se precisa ese aval ya que esas diligencias no hacen prueba. Además gozan de la presunción de autenticidad (art. 5 III EOMF) en virtud de la cual las diligencias poseen el beneficio de la verdad formal, esto es, hacen fe de que la diligencia efectivamente se practicó y de que su resultado es el que documentalmente consta, pero no hace fe de la verdad material, es decir, la presunción no obliga a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido. El valor del contenido material de la diligencia, como pueden ser los términos en los que se expresaron los testigos o las conclusiones de un dictamen pericial, queda siempre sometido a la apreciación judicial.

2º) Se establece la forma mediante la cual se prestará el que podríamos denominar "auxilio fiscal". Para la práctica de diligencias en otro territorio en general y específicamente respecto a testigos que residan fuera de la circunscripción en la que actúa el fiscal, los fiscales acudirán directamente al auxilio del titular de la fiscalía a que tal territorio pertenezca. No será necesario acudir a la FGE para, por su conducto, obtener el auxilio de otro órgano fiscal. Se ordena expresamente a todos los fiscales se presten entre sí el auxilio necesario para la práctica de las diligencias que otras fiscalías les soliciten. La solicitud ha de hacerse proporcionando a aquél de quien se pide la práctica de las diligencias los elementos de juicio necesarios para cumplimentar lo pedido con eficacia y conocimiento de causa.

Los actos de investigación que necesiten de resolución judicial



para su práctica debieran en principio permanecer fuera del ámbito de estudio del procedimiento preliminar fiscal pues la propia mecánica de la LECrim lleva a que cuando el MF interese del juez la práctica de tales diligencias deba aquél cesar en las suyas (art. 789.3 "in fine" en relación con el 785 bis.3).

Sin embargo se hace necesaria la referencia a esos actos de investigación y en especial a uno de ellos: la entrada y registro en lugar cerrado. Esta diligencia supone en la mayoría de los casos una vulneración al derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio. Lo que hace peculiar este acto de investigación de otros en los que también se ven lesionados derechos fundamentales, es que la Constitución incluye entre los supuestos que excepcionan la interdicción de la inviolabilidad domiciliaria el caso de flagrante delito. La LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana desarrolla un peculiar concepto de flagrancia que conviene examinar pues, dada su amplitud, permite la realización del acto de investigación de entrada y registro en lugar cerrado, sin necesidad de mediar resolución judicial. Pero vayamos por partes.

La finalidad de la entrada y registro en lugar cerrado es la de buscar y recoger fuentes de prueba e investigación y también ejecutar una medida cautelar personal contra el imputado. Respecto a todo ello la entrada en lugar cerrado (sea éste domicilio o no) opera como medio a través del cual puede conseguirse la finalidad que la investigación persigue. La vulneración del derecho a la

inviolabilidad del domicilio será legítima siempre y cuando la restricción del derecho resulte justificada.

Para saber cuáles son los términos exactos de ese derecho fundamental es imprescindible acotar previamente el concepto de domicilio al que se refiere la Constitución. A ese fin y debido a la falta de una doctrina unánime siquiera respecto del término domicilio sin adjetivar y de un cumplido desarrollo legislativo, lo más adecuado será atenernos a las resoluciones de nuestro más alto Tribunal, el cual en sentencia 22/1984 de 17 de febrero acomete la interpretación del art. 18 CE.

Según el TC la idea de domicilio que utiliza el art. 18 no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de derecho privado y en especial en el art. 40 CC, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. Tras concluir que el concepto constitucional de domicilio es de mayor amplitud que el jurídico-privado o jurídico-administrativo, el TC pasa a dar una aproximación del mismo. Sería un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella.

En una sentencia posterior (STC 137/1985 de 17 de octubre) el

TC extiende el derecho fundamental a las personas jurídicas<sup>31</sup>.

Finalmente el auto 171/1989 de 3 de abril de 1989 reitera el concepto de domicilio inviolable ya expresado en la primera de las sentencias citadas.

El TS también ha tenido ocasión de manifestarse en relación al concepto constitucional de domicilio. Así la jurisprudencia del TS ha establecido que las habitaciones de los hoteles, pensiones y establecimientos similares, legítimamente ocupadas, constituyen, a efectos constitucionales, "domicilio" de quienes en ellas residan, aunque sólo sea temporal o accidentalmente, con la obligada consecuencia de que para llevar a cabo en las mismas diligencias de entrada y registro, a falta de consentimiento de sus titulares, es precisa la previa autorización judicial<sup>32</sup>. Este pronunciamiento del TS se hace en la misma línea de una sentencia anterior<sup>33</sup>, en la que se establecía que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, la protección que el art. 18 de la misma dispensa, ha de extenderse, no solamente al domicilio, entendido en la acepción que al mismo da el Derecho Civil, sino también a la morada, reputando como tal todo espacio cerrado en el que el individuo pernocte y tenga guardadas las cosas pertenecientes a su intimidad, ya sea de manera

---

<sup>31</sup> "(...) parece claro que nuestro Texto constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo, pues, extensivo o predicable igualmente respecto a las personas jurídicas (...)" FJ3.

<sup>32</sup> STS de 3 de julio de 1992, RA 6017, FD 3º.

<sup>33</sup> STS de 14 de enero de 1992, RA 154, FD 2º.

permanente o esporádica o temporal, como puede ser la habitación de un hotel y respecto a los cuales se pueda presumir que se hallan destinados a su uso exclusivo con voluntad de excluir a todos los demás, por lo que en tales recintos no se puede penetrar sin su consentimiento o en virtud de la autorización judicial concedida mediante el correspondiente mandamiento judicial, pues el precepto constitucional anteriormente referido ha de interpretarse a la luz de los preceptos constitucionales que tienden a extender al máximo la protección de la dignidad y la intimidad de la persona.

Delimitados ya los rasgos esenciales del concepto constitucional de domicilio a los efectos del art. 18.2 CE es necesario estudiar ahora los supuestos que excepcionan la interdicción de la entrada y registro domiciliario.

En síntesis podría decirse que las excepciones a la inviolabilidad del domicilio operan bajo dos premisas: con el consentimiento del titular y sin él. En este segundo caso pueden aún distinguirse tres posibilidades: la resolución judicial, los supuestos del art. 55 I y II CE y el caso de flagrante delito.

#### **a) Consentimiento del titular**

En primer lugar el consentimiento debe prestarse por el titular, término no equivalente a dueño del domicilio en cuestión. El titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio será la persona o personas que efectivamente ostenten el uso y disfrute de la morada con independencia de que sean o no sus dueños. Titularidad por

tanto del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que no tiene porqué coincidir con la del derecho de propiedad.

En el supuesto de que en el domicilio existan una pluralidad de moradores todos ellos son titulares del derecho, estando por tanto legitimados si son mayores de edad para autorizar la entrada al domicilio. La autorización de uno sólo, sin negativa del resto, excluirá la violación. La negativa de uno sólo, sin concurrir ningún supuesto excepcionante, hará la entrada ilegítima.

El consentimiento no necesita ser expreso según ha manifestado el TC y por tanto debe admitirse el tácito. No debe estar viciado, es decir, no debe mediar para su obtención engaño del funcionario actuante. De todas maneras y como pone de manifiesto LORCA MARTINEZ "el supuesto de la prestación del consentimiento para allanar un domicilio con la finalidad de esclarecer un delito es poco frecuente, ya que es ilógico que la policía se arriesgue a frustrar una investigación criminal por una negativa a la autorización al registro pues se sabe que de esta forma se alerta al delincuente, que tendrá un tiempo precioso para hacer ocultar o hacer desaparecer el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito hasta la obtención del mandamiento judicial"<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> LORCA MARTINEZ, J., Una aproximación al artículo 21 de la ley de seguridad ciudadana, en "La Ley", nº 3075, 25 de agosto de 1992, pág.3.

#### **b) Resolución judicial**

La resolución judicial hábil para enervar la interdicción de la inviolabilidad domiciliaria debe revestir la forma de auto (art. 566 LECrim). Ha de ser por tanto una resolución motivada. En expresión del art. 558 LECrim será siempre fundada y el juez expresará en ella concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan solo de día y la autoridad o funcionario que lo haya de practicar. No podrá en ningún caso formarse por el procedimiento de propuesta de resolución, por ser limitativo de derechos<sup>35</sup>.

#### **c) Los supuestos del art. 55 I y II CE**

Según este precepto la declaración del estado de excepción o de sitio podrá suspender este derecho fundamental. Asimismo para las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, puede también, de forma individual suspenderse este derecho (LO 4/1988 de 25 de mayo).

#### **d) El caso de flagrante delito: art. 21.2 LO 1/1992 de protección de la seguridad ciudadana y STC 341/1993, de 18 de noviembre.**

La flagrancia no es un elemento configurador del tipo de ningún delito. No influye en la gravedad del acto, ni en la culpabilidad de

---

<sup>35</sup> Art. 290 LOPJ: "Corresponderá al Secretario proponer al Juez o al Tribunal las resoluciones que, con arreglo a la ley, deban revestir la forma de (...) auto (...). Se exceptúan (...) los autos(...) limitativos de derechos".

su autor, ni en la pena del hecho cometido. Afecta al modo de proceder contra el delito. Puede decirse, pues, que su naturaleza es procesal y los efectos que conlleva su apreciación participan de esa naturaleza. Algunos de ellos son:

a') El que cualquier persona pueda detener al delincuente "in fraganti" (art. 490.2 LECrim).

b') El que el particular que intente querellarse por el delito flagrante pueda acudir al juzgado más próximo o a cualquier funcionario de policía a fin de que se practiquen las primeras diligencias necesarias para hacer constar la verdad de los hechos y para detener al delincuente (art. 273 LECrim).

c') Que exista una numeración separada de aquellos recursos de casación interpuestos contra resoluciones dimanantes de casos "in fraganti" (art. 877 LECrim).

d') La exclusión de los privilegios procesales concedidos a los parlamentarios (art. 71.2 CE y 12.2 del EACV, entre otros).

e') El que pueda tramitarse su enjuiciamiento por un procedimiento singular adaptado a la facilidad probatoria que normalmente implica la flagrancia y que repercuta en la mayor aceleración que puede imprimírsele al proceso. Como ejemplo tenemos en la actualidad el que ha dado en denominarse PAVE (proceso de alta velocidad española). Según el 790. 1 III LECrim el fiscal puede pedir que se acuda a esta vía cuando exista "flagrancia o evidencia de los hechos".

De todos los efectos procesales enumerados no puede deducirse

un concepto de flagrancia. Para acercarnos a ese concepto es muy reveladora la jurisprudencia del TS y en especial una sentencia, la de 29 de marzo de 1990 (RA 2647). En ella se explica cómo el art. 779 LECrim contenía una definición del término flagrancia que no fue alterada a través del tiempo. Aunque tal definición haya desaparecido ya de la LECrim por la modificación operada por la LO 7/1988 puede tener utilidad examinarla para precisar el concepto que nos ocupa: "Se considerará delito flagrante el que estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan. También se considerará delincuente "in fraganti" aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él". Es decir, "Para que haya delito flagrante tiene que sorprenderse al delincuente cuando está cometiendo el delito o inmediatamente después en relación tal con el objeto o los efectos utilizados en su realización que ello sea una prueba de la existencia del delito y de la intervención del delincuente en el mismo (...) No basta para que exista un delito de esta clase el que éste se esté cometiendo, sino que se exige, además, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en tal relación



con los efectos del delito que ello sea prueba de su participación en el mismo". Como conclusión el TS ofrece el concepto de delito flagrante a los efectos del art. 18.2 CE y el correlativo 553 LECrim, el cual queda delimitado por los tres requisitos siguientes:

"1º. Inmediatez temporal, es decir, que se está cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes.

2º. Inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho.

3º. Necesidad urgente, de tal modo que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo la posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la Autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente".

La amplitud que se dé al término flagrancia no es cuestión baladí. Si se le da una amplitud exagerada la regla general que según la Constitución debe ser la inviolabilidad domiciliaria puede quedar en "papel mojado". Y así un acto de investigación como éste que no debiera, en principio, formar parte del procedimiento preliminar fiscal pasaría a integrarlo en una gran mayoría de casos. Veamos

qué es lo que ha sucedido con el desarrollo legal del art. 18.2 CE.

La LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana en su art. 21.2 decía<sup>36</sup> así: "(...) será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito"<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> La STC de 18 de noviembre de 1993 ha declarado inconstitucional este precepto por las razones que más adelante expondremos.

<sup>37</sup> Comentando el concepto de flagrancia introducido por la citada ley decía PEDRAZ PENALVA, E., El registro domiciliario, en "Comentarios sobre la reforma procesal (Ley 10/92 de 30 de abril)", (obra colectiva coordinada por GOMEZ de LIAÑO), Oviedo, 1992, págs. 215-216, que a lo jurisprudencialmente interpretado sobre el concepto de flagrancia se añadía la confusa, difusa y equívoca redacción del art. 21. No es en modo alguno equivalente "conocimiento fundado" a delito flagrante. Se requiere, según indica su etimología latina "flagare": arder o quemar, que se esté cometiendo de manera ostentosa y escandalosa haciendo necesaria la urgente intervención de alguien para ponerle término, etc... A ello se une su conceptual inaplicación a los delitos de peligro abstracto como los de posesión y consumo de sustancias prohibidas. Es decir el concepto de flagrancia en su acepción citada connota:

- percepción por cualquier medio (vista, oído, etc), de la comisión de un delito (que se esté cometiendo o se acabe de cometer);
- que la inmediata intervención, sin esperar pues a autorización alguna, haga posible impedir o disminuir un daño actual a un bien jurídicamente protegido y facilitar su castigo mediante la captura del autor y aprehensión de los elementos del "corpus delicti" evitando que sean destruidos u ocultados.

Señalaremos en primer lugar que el "iter" legislativo de este artículo distó mucho de ser apacible. Antes al contrario fue objeto de adiciones y recortes, siendo ampliamente debatido en las Cámaras antes de su posterior aprobación. De ese camino resaltaremos las enmiendas, algunas de las cuales ponían de relieve que el precepto en cuestión constituía un peligroso portillo abierto para que los Agentes de la Autoridad pudieran allanar un domicilio sin mandamiento judicial so pretexto de tener la sospecha de que en él se almacenaban drogas<sup>38</sup>, otras lo tildaban de innecesario, ineficaz, regresivo y atentatorio a derechos fundamentales<sup>39</sup>, coincidiendo la mayoría en pedir su supresión.

De los debates en la Comisión de Presidencia de Gobierno e Interior merece ser destacada la intervención del Sr. FUENTES NAVARRO, portavoz del Grupo Mixto, quien puso de manifiesto que el "conocimiento fundado" comportaba una responsabilidad que no debía ser asumida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad,

---

Los delitos de consumación instantánea y efecto permanente, que son a los que se refiere el art. 21.1 difícilmente entrarían en la flagrancia. A ello se une el que la expresión indeterminada "conocimiento fundado" no refleja la inmediatez ni urgencia de la flagrancia y es apta para traducirse en "sospechas acerca de", cuya evanescencia y discutibilidad va a crear una inseguridad jurídica general dependiendo no ya del conocimiento de la comisión de un hecho evidenciado por gritos, disparos, etc., sino de la apreciación del sujeto de turno, amén de que con la generalidad del 21, aplicado por ejemplo al conocimiento fundado de que en tal domicilio hay droga, se rompe la inmediatez temporal requerida por la CE, la ley y la tradición histórica.

<sup>38</sup> Enmienda nº20, propuesta por el grupo parlamentario vasco.

<sup>39</sup> Enmienda nº74, propuesta por el grupo parlamentario IU-IC.

responsabilidad que debía corresponder a los jueces. Los grupos parlamentarios coincidieron sobre todo en calificar como problemático un punto: el concepto de flagrancia.

Efectivamente ese es el meollo de la cuestión. Al leer el concepto de flagrancia que se contenía en el art. 21 sorprendía en primer lugar la disparidad de criterios entre el Ministerio de Justicia y el del Interior<sup>40</sup>.

En segundo lugar resaltaba el concepto de flagrancia amplísimo, diríamos que desmedido, que consagraba la ley. El conocimiento fundado que lleve a la constancia de la comisión de un delito implicaba necesariamente la existencia entre las cualidades de los funcionarios de policía de facultades de adivinación. ¿De qué otra manera sino podría adquirirse ese conocimiento fundado de la comisión de un delito sin tener una evidencia del mismo?. Sin olvidar que el susodicho concepto venía referido en la ley a los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas castiga en Código penal y que con respecto a ellos el TS tenía declarado que por ser de consumación instantánea y efectos permanentes, desde el momento que quedaron consumados

---

<sup>40</sup> "Como anécdota curiosa y desde una perspectiva meramente semántica, destaca la equiparación, en el art. 790.1, párrafo tercero, de los vocablos "flagrancia o evidencia". Parece ser, pues, que el Ministerio de Justicia si acepta el término evidencia a la hora de definir la flagrancia, a diferencia del Ministerio del Interior, que con motivo de la Ley de Seguridad Ciudadana, mostró cierta alergia a esa palabra y se encontró mucho más cómodo con el archifamoso "conocimiento fundado". JORGE BARREIRO, A., Anotaciones a las medidas urgentes de reforma procesal penal, en "Actualidad Jurídica Aranzadi", 4 de junio de 1992, pág.4.

por su tenencia ilegal ya no requieren, normalmente, una intervención urgente de la policía, por lo que escapan al concepto de flagrancia<sup>41 42</sup>.

La reacción no se hizo esperar y se plantearon los pertinentes recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. Todos ellos impugnaban o ponían en duda la validez del art. 21.2 LOPSC. El TC resolvió recientemente el asunto en su sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, declarando la inconstitucionalidad del precepto citado. Según el TC<sup>43</sup> la controversia constitucional sobre el art. 21.2 se cifraba en tres cuestiones: posibilidad de que el legislador lleve a cabo una definición del concepto constitucional de "flagrante delito"; adecuación o inadecuación de la norma impugnada al concepto mismo de flagrancia presente en el art. 18 de la Norma fundamental y, en último lugar, corrección o incorrección de que aquella definición se establezca no con carácter general, sino para delitos determinados.

---

<sup>41</sup> STS, de 29 de marzo, de 1990, cit., FJ nº5. En el mismo sentido GONZALEZ-TREVIJANO, P.J., La inviolabilidad del domicilio, Madrid, 1992, pág. 221: "En efecto, la noción de delito flagrante se refiere necesariamente a un ilícito penal actual y de efecto inmediato en el tiempo, imposible de conciliar con los delitos de narcotráfico, entendidos como delitos, al proteger la salud pública de riesgo abstracto, de consumación instantánea y de efectos permanentes".

<sup>42</sup> No es esa sin embargo la opinión del grupo socialista quien en boca de su senador Sr. GALAN PEREZ manifestó en los debates de la Comisión de Presidencia de Gobierno e Interior que "...todos los delitos son flagrantes cuando se cometen, todos; no hay una categoría de delitos flagrantes...".

<sup>43</sup> Los FJ referidos al concepto de flagrante delito son los núms. 7 y 8.

Respecto a la primera cuestión el TC entiende que el legislador puede formalizar normativamente el sentido de un concepto presente aunque no definido en la Constitución y considera que esta labor legislativa puede estimarse necesaria a fin de proporcionar a los titulares del derecho a la inviolabilidad domiciliaria y a los agentes de la autoridad, una identificación segura de la hipótesis en la cual será legítima la entrada forzosa en domicilio por delito flagrante.

Respecto a la segunda cuestión comienza el TC diciendo que no le corresponde determinar con detalle el concepto de flagrancia delictiva, pero sí debe, cuando así se le pida para enjuiciar una ley, perfilar los contornos esenciales que en la Constitución muestra tal figura. Continúa reconociendo la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito. Si el lenguaje constitucional ha de seguir siendo significativo debe reconocerse que las connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el concepto inscrito en el art. 18.2 CE. Frente a ello el art. 21.2 LOPSC incorpora alguno de los elementos o rasgos que la jurisprudencia y la doctrina han venido utilizando para identificar el delito flagrante, como ocurre en el pasaje final del precepto que incorpora el elemento de la "urgencia". Sin embargo, sigue razonando el tribunal, urgencia no es por sí sola flagrancia y es inevitable constatar que las demás condiciones prescritas por la

norma impugnada muestran una amplitud e indeterminación incompatible con el rigor que presenta y requiere el art. 18.2 CE. En este sentido "el conocimiento fundado" y la "constancia", en cuanto no integran necesariamente un conocimiento o percepción evidente, van notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia. Al utilizar tales términos el precepto permite entradas y registros domiciliarios basados en conjeturas o en sospechas que nunca, por sí mismas, bastarían para configurar una situación de flagrancia. La eficacia de la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales. Finalmente, concluía el TC, la delimitación legal del delito flagrante que expresa el impugnado art. 21.2 no es conforme a lo dispuesto en el art. 18.2 CE, por lo que se declara la inconstitucionalidad del precepto.

Respecto a la tercera de las cuestiones que se concretaba en la afirmación de que no podría el legislador articular un concepto de flagrancia referido sólo a unos determinados delitos, argumenta el TC que aunque la Constitución no ha singularizado supuesto delictivo alguno, no es menos cierto que la noción general de delito flagrante requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva, y que bien puede el legislador anticipar en sus normas esa precisión o concreción para ilícitos determinados, por lo que el art. 21.2 no es, en suma, contrario a la Constitución en lo que tiene de

intento de descripción de la flagrancia para determinados tipos delictivos, sino por su parcial inadecuación al concepto de flagrante delito presente en el art. 18.2 CE.

Así pues el TC ha venido a confirmar las numerosas dudas de inconstitucionalidad planteadas, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, por el concepto de flagrancia desarrollado en el art. 21.1 LOPSC. Puede concluirse que la respuesta dada por nuestro más alto Tribunal ha sido en este punto satisfactoria.

### **C) Actuaciones de la policía judicial**

#### **a) Eficacia jurídico-formal de las investigaciones**

Hasta la aparición del proceso abreviado en el panorama procesal penal, el valor del atestado policial era sólo de mera denuncia (art. 297 LECrim), es decir, a pesar de la condición de quien lo llevaba a efecto su contenido no tenía en principio más que ese valor. Sin embargo con la LO 7/1988 se posibilita el que el atestado remitido por la policía judicial al juez de instrucción, con copia al MF, pueda ser suficiente para evitar la práctica de diligencias de investigación por el juez. Las diligencias previas con fines investigadores sólo se abrirán cuando siendo el atestado la vía de iniciación, éste fuera insuficiente para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el órgano competente para el enjuiciamiento.

En otro caso, es decir, no siendo necesarias tales diligencias, el



juez adoptará una de las cuatro soluciones que prescribe el art.

#### 789.5 LECrim:

- 1ª. Archivar las actuaciones,
- 2ª. Remisión de lo actuado al juez competente,
- 3ª. Inhibición en favor del órgano competente o
- 4ª. Seguir el proceso abreviado preparando el juicio oral.

Téngase en cuenta que el punto de partida de cualquiera de estas resoluciones es tanto la práctica por el juez de diligencias, como la asunción por éste del resultado de las efectuadas por la policía ("practicadas sin demora tales diligencias o cuando no sean necesarias..."). En cualquier caso será necesaria la comparecencia del imputado ante el juez de instrucción (art. 789.4).

Si en el proceso ordinario el atestado policial es sólo una de las formas de abrir la fase de instrucción sin tener ningún otro valor, en el abreviado puede ser el sustrato fáctico necesario y suficiente para que el juez comience la preparación del juicio oral, con lo que la diferente calidad de los efectos jurídico-privados de la investigación policial en uno y otro caso es manifiesta.

Antes de hablar de los actos de investigación que realiza la policía judicial distinguiremos entre los tres tipos de Unidades en que ésta se organiza<sup>44</sup>: Unidades orgánicas, Unidades adscritas y

---

<sup>44</sup> Respecto a la organización de la policía judicial hemos seguido a MORENO CATENA, V., Dependencia orgánica y funcional de la policía judicial en "Poder Judicial", 1989, nº especial VII, págs. 139 a 154.

**Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en funciones de policía judicial.**

Las Unidades orgánicas de policía judicial surgen en el seno del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil para cumplir el servicio de investigación criminal de policía científica. Se establecen atendiendo a criterios territoriales sobre la base provincial, y de especialización delictual o de técnicas de investigación, con carácter permanente y especial. Los funcionarios que las integran desempeñan estas funciones con exclusividad. Los funcionarios de las Unidades orgánicas de policía judicial no podrán ser removidos o apartados de la investigación concreta que se les hubiere encomendado, hasta que finalice la misma o la fase procesal que la originó, si no es por decisión o con la autorización del juez competente (art. 16 RD 769/1987 de 19 de junio, sobre policía judicial). Para encomendarles cualquier investigación o la práctica de otras funciones de policía judicial, las autoridades judiciales y el MF se entenderán directamente con el jefe de la Unidad correspondiente sea del Cuerpo Nacional de Policía o de la Guardia Civil, sin necesidad de acudir a instancias administrativas superiores.

Las Unidades adscritas de policía judicial forman parte de las Unidades orgánicas provinciales en cuya estructura se incardinan y de cuyos medios materiales y humanos se nutren. Se trata de un número más reducido de efectivos que, de forma permanente y estable, se adscriben al servicio de los órganos jurisdiccionales o fiscales, que por su ritmo de actividades lo requieran. Deberán tener

su sede en las propias dependencias judiciales o fiscales y si bien quedan asignadas a los respectivos Decanatos a los efectos de coordinación general, dependen directamente de cada órgano judicial, y de modo especial del juzgado de guardia y fiscal de guardia.

Según el art. 443 LOPJ: "La función de la policía judicial (...) competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias". Aún cuando sólo aparezca legalmente previsto que los miembros de las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad realicen funciones de policía judicial a los requerimientos judiciales o del MF, en el cumplimiento de sus funciones ordinarias (vigilancia, mantenimiento de la seguridad ciudadana, prevención de la delincuencia) tienen frecuentemente conocimiento de la comisión de delitos y descubren muchas veces al presunto autor, es decir, realizan actividades de policía judicial por iniciativa propia. De las diligencias que practiquen deberán dar traslado, a la Unidad de policía judicial, poniendo a su disposición el o los detenidos.

#### **b) Actos de investigación**

En lo referente a los actos de investigación de la policía judicial el art. 786 LECrim habla de:

1. Identificar y tomar los datos personales y dirección a las

personas que se encuentren en el lugar en que se cometió el delito.

2. Secuestrar los efectos que en él hubiere hasta tanto llegue la autoridad judicial.

3. Trasladar el cadáver al lugar próximo que resulte más idóneo.

4. Intervenir el vehículo y el permiso de circulación.

5. Citar, para que comparezcan ante la autoridad judicial competente, a las personas que se encuentren en el lugar donde se cometió el delito, al facultativo que fuere habido, en su caso, para prestar los oportunos auxilios al ofendido y a este último.

Este art. 786 se refiere a los miembros de la policía judicial, luego hay que entender a las Unidades orgánicas de policía judicial y a las Unidades adscritas. A los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en función de policía judicial se refiere concretamente la regla tercera del citado artículo refiriéndose al auxilio que deben de prestar a los miembros de policía judicial cuando sean requeridos para ello. El requerimiento debe hacerse por escrito y por el cauce jerárquico correspondiente, salvo que la urgencia del caso exija prescindir de tales formas y cauces.

El art. 28 del RD de policía judicial concreta las diligencias a practicar por las Unidades adscritas que son las siguientes:

1. Inspecciones oculares.

2. Aportación de primeros datos, averiguación de domicilios y paraderos y emisión de informes de solvencia o de conducta.

3. Emisión, incluso verbal de informes periciales provisionales, pero de urgente necesidad para adoptar decisiones judiciales que no admiten dilación.

5. Intervención técnica en levantamiento de cadáveres.

6. Recogida de pruebas.

7. Actuaciones de inmediata intervención.

8. Cualesquiera otras de similar naturaleza a las anteriores.

9. Ejecución de órdenes inmediatas de presidentes, jueces y fiscales.

#### **c) Dependencia funcional del MF**

En cuanto a la relación de dependencia funcional entre la policía judicial y el MF en la investigación preprocesal, el art. 20 del RD de la policía judicial se refiere a ella y especifica que la policía dará cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente que, en cualquier momento, podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas, en cuyo caso los miembros de la policía judicial actuarán bajo su dependencia directa y practicarán sin demora las diligencias que el fiscal les encomiende para la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

La Instrucción 2/1988, de 4 de mayo, sobre el MF y la policía judicial desarrollando este artículo dispone que se considera necesario que los fiscales jefes de las Audiencias respectivas despachen, al menos semanalmente, con los jefes de las Unidades orgánicas provinciales de policía judicial aquellos asuntos que deba

conocer el MF en virtud de lo dispuesto en el citado RD y el MF debe asumir la dirección de las investigaciones correspondientes en los supuestos que sean necesarios.

La Circular 1/1989 refiriéndose a las instrucciones del MF a la policía judicial señala el modo en que éstas deben impartirse: las generales a las Unidades de policía judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos durante la fase preprocesal, a través de los jefes de las distintas Unidades; las instrucciones generales a las Unidades de policía judicial, de tenor análogo a las anteriores y en especial para la coordinación de la investigación de hechos concretos en los distintos Cuerpos durante la fase procesal, a través de las Comisiones Provinciales de Coordinación de la policía judicial; las instrucciones de coordinación de los distintos Cuerpos independientes de las Juntas Locales de Seguridad, deberán cursarse a través de éstas; las instrucciones particulares en una investigación policial en marcha, en los términos del art. 20 del RD de policía judicial y de la Instrucción citada y, finalmente, las instrucciones particulares a las Unidades de policía judicial adscritas a las fiscalías o a otra Unidad para la investigación concreta de un caso, a través del jefe de la Unidad o a los funcionarios que practiquen la investigación.

#### **4. Medidas auxiliares de la investigación**

Según el art. 5 II EOMF "... para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de que conozca, (el fiscal) puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la LECrim, las cuales no podrán suponer adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante podrá ordenar el fiscal la detención preventiva".

Así el MF puede, en el curso del procedimiento preliminar por él instruido adoptar determinadas medidas auxiliares de su investigación con un límite infranqueable: la prohibición de respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Y una excepción a esa prohibición: la detención preventiva.

##### **A) Medidas personales: La detención**

###### **a) Concepto y naturaleza jurídica**

Por detención se entiende la privación de la libertad ambulatoria, tanto impidiendo a una persona abandonar un lugar como conduciéndola contra su voluntad a otro, sin que puedan reconocerse situaciones análogas como retenciones o similares que se escapen de los límites legales de la detención claramente marcados por el TC, que considera detención "cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su

voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad"<sup>45</sup>.

En cuanto a las clases de detenciones y como indica RODRIGUEZ RAMOS<sup>46</sup> debe distinguirse entre las detenciones surgidas en relación con indicios racionales delictivos y las que carecen de tal carácter por responder a motivos de salud, de peligrosidad social, educación de menores, etc..., En las primeras cabe a su vez distinguir entre las detenciones ejecutadas en virtud de mandato judicial y las practicadas autónomamente por los agentes de la autoridad o los particulares. Nosotros nos referiremos por razones obvias a las segundas excluyendo las referencias a los particulares y denominándolas, para evitar farragosidad en el texto, detenciones no judiciales.

Tanto las detenciones judiciales como las no judiciales pueden tener carácter de medida ejecutiva y de medida preventiva. En el primer caso la detención se adopta para poder proceder a la ejecución a la que se ha sustraído el condenado, o bien estando ya pendiente el proceso de ejecución. En el segundo caso la medida tiene lugar existiendo un proceso de declaración o incluso aún no iniciado. Evidentemente a los fines de nuestro trabajo interesa la

---

<sup>45</sup> STC 98/1986, de 10 de julio, FJ4.

<sup>46</sup> RODRIGUEZ RAMOS, L., La detención, Madrid, 1987, págs. 26 y 27.



detención como medida preventiva y además deberemos circunscribirla sólo al supuesto de proceso de declaración aún no iniciado.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la detención que puede llevar a cabo el MF la alternativa está en entender, o bien que se trata de una medida cautelar "sui generis", o bien que es una pura excepción a la regla de que las limitaciones de derechos se realicen por el juez y en el curso de un proceso.

En la primera de las opciones y aunque es cierto que se dan una serie de identidades entre la medida cautelar de detención y esta detención que examinamos (la más relevante es que ambas garantizan la presencia física del imputado, es decir, que no se sustraiga a la acción de la justicia), no lo es menos que en ella se da cita una doble excepción lo suficientemente importante como para que su carácter cautelar quede en entredicho. A saber: sería una excepción a la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares y una excepción también respecto de las medidas cautelares penales, por cuanto éstas se adoptan siempre en proceso penal abierto.

Sin embargo si consideramos la segunda de las opciones planteadas encontramos que existe más de una excepción a la regla general de limitación de los derechos por el juez (las derivadas del art. 55. 1 CE y la entrada y registro en domicilio en caso de flagrante delito establecida en el art. 18.2 CE). Asimismo también es posible que estas limitaciones se adopten sin que exista un proceso penal abierto, ni vaya a existir nunca (serían los supuestos

del citado art. 55.1 CE).

Por lo expuesto nos parece más razonable concluir que la naturaleza jurídica de esta detención es la de una medida auxiliar de la investigación tal y como la hemos descrito y no de una medida cautelar.

#### **b) Régimen legal**

El régimen jurídico de la detención está constituido por las garantías frente a la privación de libertad. Estas garantías son: la determinación de los supuestos, plazos y forma en los que debe llevarse a cabo, la protección penal y el procedimiento (habeas corpus) frente a las detenciones ilegales.

#### **a') Supuestos, plazos y forma**

##### **1) Supuestos**

Teniendo en cuenta la delimitación previa que hemos hecho de la detención debemos desbrozar el confuso y reiterativo panorama legal para llegar a saber en qué casos la policía y el MF podrán proceder a detener. Y así encontramos:

1º- Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo (art. 490. 1º LECrim)

2º- Al delincuente "in fraganti" (art. 490. 2º LECrim)

3º- Al imputado por delito con pena de prisión menor o inferior, del que, por sus antecedentes o las circunstancias del hecho

pueda presumirse que no comparecerá cuando fuere llamado por el juez, siempre que concurren las dos circunstancias siguientes: 1ª Que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y 2º Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él (art. 492. 4º LECrim).

4º- Al que se fugare estando detenido (art. 490. 6º LECrim.). Hemos de entender en este último caso que la primera detención se efectuó en alguno de los supuestos previamente mencionados.

Con relación al primero de los casos se ha dicho que contiene una previsión que, o bien se incluye en el segundo número del art. 490 por constituir delito flagrante, o bien debe considerarse ilícito por tratarse de hechos preparatorios no delictivos. Desde un punto de vista eminentemente práctico no nos parece excesivamente razonable el que la policía no pueda detener a una persona que intente cometer un delito y deba esperar a la iniciación de la comisión, sobre todo en los casos en los que la realización del delito conlleve un elevado grado de peligrosidad para las posibles víctimas (Piénsese por ejemplo en el asalto a una oficina bancaria con arma de fuego. ¿Qué debe hacer la policía?... ¿Esperar a que efectivamente comience a realizarse el delito o intervenir si le es posible con anterioridad deteniendo a, pongamos por caso, dos encapuchados que se dirigen rápidamente a la entrada de un

banco?).

El segundo de los supuestos se refiere al caso de flagrante delito que adquiere especial relevancia en relación a aquellas personas que gozan de un régimen de inmunidad, respecto a las cuales opera como reducción de los supuestos en los que es posible la adopción de la medida. Así, según el art. 71.2 CE durante el período de su mandato los diputados y senadores solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. El art. 6 LO 3/1981, de 6 de abril establece respecto al Defensor del Pueblo y sus adjuntos que mientras permanezcan en el ejercicio de sus funciones no podrán ser detenidos ni retenidos sino en caso de flagrante delito. Los jueces y magistrados, según el art. 398.1 LOPJ, sólo podrán ser detenidos mientras se hallen en servicio activo por orden de juez competente o en caso de flagrante delito. Este artículo también es aplicable a los miembros del MF (ex art. 60 EOMF). Como especifica ORTELLS respecto a jueces, magistrados y MF la limitación de la flagrancia sólo opera respecto a una detención no ordenada por un juez. Salvo cuando la disposición se exprese así hay que entender que la limitación de los presupuestos se produce con independencia de quien practique o acuerde la medida<sup>47</sup>.

El tercero de los supuestos (art. 482. 4º) ha merecido comentarios nada halagüeños por parte de RODRIGUEZ RAMOS:

---

<sup>47</sup> ORTELLS RAMOS, M., Derecho Jurisdiccional. III Proceso penal, cit. pág. 557.

"... parece enormemente inseguro y sin homologación europea que se otorgue a la policía semejante cheque en blanco, para presumir que una persona que aún no han incurrido en rebeldía ni en sustracción de hecho a la acción de la justicia, lo van a hacer en un futuro inmediato". En opinión de este autor una de las pautas de la futura y deseable nueva regulación de esta medida en la LECrim. sería la limitación de los casos de detención con autonomía policial a los delitos "in fraganti" siempre y cuando sean merecedores de pena de prisión -solución francesa-, incluso con ciertas exigencias de gravedad de las penas y del carácter doloso o culposo del delito en relación con características del propio delito y de su autor -solución italiana- o, en fin, cuando no sea constatable la identidad del sujeto, sea éste sospechoso de fuga y no preste fianza bastante o la naturaleza del hecho y características del autor se incluyan entre los supuestos de prisión preventiva -solución alemana-<sup>48</sup>.

## 2) Plazos

El tema de la duración máxima posible de esta medida adquiere una gran trascendencia práctica, ya que al suponer una limitación de uno de los derechos fundamentales de la persona su prolongación en el tiempo se hace especialmente gravosa y, en cualquier caso, resulta directamente proporcional al perjuicio que se irroga a la persona que debe soportarla.

---

<sup>48</sup> RODRIGUEZ RAMOS, L., La detención, cit., págs. 35 y 37.

El art. 17.2 CE determina un plazo máximo de setenta y dos horas para poner en libertad al detenido o bien a disposición judicial. La LECrim. reitera ese mismo plazo en el art. 520.1, aunque en el art. 496 establece otro de sólo veinticuatro horas.

La disparidad de criterios en nuestra ley procesal obedece a razones históricas. En síntesis la evolución de la normativa ha sido la siguiente. En el art. 3 de la CE de 1869 aparece por vez primera con rango constitucional el derecho de todo detenido a ser puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención (art. 3). En coherencia con él aparece en el CP de 1870 el art 212 en el que se tipifica la conducta del funcionario que, sin ser autoridad judicial y sin haberse declarado el estado de excepción o de guerra, detuviere a un ciudadano y no lo pusiere a disposición de la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención. Posteriormente la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 consagra ese mismo plazo en su art. 388: "El particular, autoridad o agente de policía judicial que detuviere a una persona, habrá de entregarla inmediatamente al juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención. Si demorare innecesariamente la entrega, incurrirá en la multa de 25 a 250 pesetas, a no ser en el caso en que incurriese en las responsabilidades pecuniaria y penal que fijan la Constitución del Estado y el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas".

Hasta aquí la situación era clara. El plazo de veinticuatro horas

tenía rango constitucional, se encontraba recogido en la legislación ordinaria y se hallaba tipificado el delito de detenciones ilegales por dicha causa.

Las Constituciones posteriores no enturbiaron el panorama puesto que todas sin excepciones consagraron ese mismo derecho<sup>49</sup>. Por su parte la Compilación General de 1879 y la LECrim de 1872 se mantuvieron en la misma línea<sup>50</sup>.

Sin embargo el Fuero de los Españoles del año 1945 cambia la situación. Efectivamente en su art. 18.2 puede leerse: "... En el plazo de setenta y dos horas, todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial...".

No obstante y aunque el Fuero de los españoles con su carácter de norma fundamental elevase el plazo de la detención de veinticuatro a setenta y dos horas, no fue hasta el año 1963 en el que mediante la reforma del CP se elevó asimismo el plazo de las veinticuatro a las setenta y dos horas, como límite en la norma penal para la comisión de uno de los delitos de detención ilegal

---

<sup>49</sup> Art. 4 de la CE de 1876: "... Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención..." y art. 29 de la CE de 1931: "... Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención...".

<sup>50</sup> Art. 648 de la Compilación General de 1879: "(quien practicare la detención de una persona) habrá de ponerla en libertad o entregarla al juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma" y art. 496 LECrim.: "(quien detuviere a una persona) deberá ponerla en libertad o entregarla al juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma...".

(art.186 CP).

En nuestra opinión la derogación implícita del art. 496 LECrim. por el art. 18.2 del Fuero de los españoles es evidente, ya que se trata de una contradicción entre dos normas una de las cuales tiene rango superior (art. 1. 2 CC).

La situación actual que exponíamos al principio se entiende al constatar que nuestra CE vigente reitera el plazo del Fuero y las modificaciones posteriores a la LECrim., incluida la operada mediante LO 14/1983 de 12 de diciembre que alteró el art. 520, no se aprovecharon para sustituir el plazo de veinticuatro horas por el de setenta y dos. El olvido del legislador hace que la obligación contenida en el art. 496 no sea tal, al quedar obsoleto el segundo párrafo del citado artículo: "Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el CP, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas" ya que no existe en el actual CP ninguna figura delictiva por la realización de ese comportamiento. En nuestra opinión, no puede sostenerse el mantenimiento de un deber si correlativamente no se establece una sanción para el caso de incumplimiento.

Esta regulación del plazo es la que puede considerarse como ordinaria. Frente a ella se encuentra la que se aplica a los delitos cometidos por bandas armadas e individuos terroristas o rebeldes, que según el art. 520 bis LECrim. podrá prolongarse, si es autorizada por el juez, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas (más el plazo ordinario de setenta y dos). Inicialmente



la LECrim. aludía a un plazo extraordinario de siete días, lo que junto a las setenta y dos horas del plazo ordinario daba una extensión máxima de la detención en estos casos de diez días. La LO 14/1983 de 12 de diciembre, que es la que introdujo ese texto en la LECrim. fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad resuelto mediante STC 199/1987 de 16 de diciembre, como consecuencia del cual el plazo fue considerado inconstitucional<sup>51</sup>. El actual plazo de cuarenta y ocho horas proviene de la LO 4/1988 de

---

<sup>51</sup> En el FJ8 de esta sentencia puede leerse: " La inconstitucionalidad del precepto se defiende por un doble orden de razones, en primer lugar porque permite la prolongación de la detención gubernativa, más allá de las setenta y dos horas, sin una previa intervención y resolución judicial. En segundo lugar porque hace posible una prolongación de hasta un máximo de diez días de la detención gubernativa, lo que supondría una coacción moral del detenido incompatible con los derechos reconocidos en los arts. 17 y 24 de la Constitución y Pactos Internacionales ratificados por España.(...)...la prolongación de la detención gubernativa más allá de las setenta y dos horas no puede ni iniciarse ni llevarse a cabo, de acuerdo a los arts. 17.2 y 55.2 de la Constitución, sin una previa y expresa autorización judicial. Por hacer posible esa prolongación con la mera comunicación o petición de prolongación, sin exigir la previa y expresa autorización del órgano judicial, el art. 13 de la Ley Orgánica 9/1984 es inconstitucional. (...). En consecuencia, el art. 13 de la Ley Orgánica 9/1984, al permitir una prórroga de la detención hasta un plazo adicional de siete días, no ha respetado ni el requisito del art. 17.2 de la Constitución -no durar más del tiempo estrictamente necesario-, ni la exigencia del "plazo más breve posible" del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 5.3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ambos ratificados por España. Por ello ha de ser declarado inconstitucional también por este motivo relativo a la duración excesiva de la prolongación de la detención".

25 de mayo.

### 3) Forma

Respecto de la forma de la detención la LECrim establece en su art. 520 que lo mismo que la prisión provisional, la detención debe efectuarse de la manera y en la forma que perjudique lo menos posible al detenido en su persona, reputación y patrimonio.

Al estudiar la forma que debe revestir la realización de la detención distinguiremos entre los requisitos que deben cumplirse para el acto material de la detención, que por su naturaleza es de realización instantánea y los requisitos que deben rodear el desarrollo subsiguiente de la medida en cuanto ésta se prolongue en el tiempo.

Los principios que deben orientar la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la detención son los de menor lesividad, congruencia, oportunidad y proporcionalidad<sup>52</sup>.

El principio de menor lesividad requiere, en su vertiente protectora de la dignidad del detenido, la previa identificación del funcionario que realiza la detención, así como el cumplimiento de todos los trámites y requisitos necesarios, siendo ilegal cualquier restricción de la libertad caracterizada por la utilización de un medio que perjudique de forma innecesaria al detenido . Por otro lado, el

---

<sup>52</sup> En lo relativo a estos principios hemos seguido a PORTILLA CONTRERAS, G., en El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público, Madrid, 1990, págs. 325-333.

principio de menor lesividad exige la delimitación, no sólo de los criterios que rigen el uso de la violencia, sino la exposición casuística de los medios aplicables. En relación a estos últimos, ni en España ni en el resto de ordenamientos jurídicos de otros países suele existir una reglamentación precisa, habilitándose un amplio margen de discrecionalidad policial que cuestiona el principio de seguridad del ciudadano frente a las actuaciones estatales.

Con respecto al principio de congruencia, la práctica violenta de la privación de libertad debe ser adecuada al hecho que trata de impedirse, lo que exige la idoneidad del medio empleado y la previa llamada de atención a los sujetos a los que va dirigida la fuerza, pues no será congruente la utilización de cualquier medio, por inofensivo que sea, cuando la simple intimidación haría inviable e innecesario el uso de la violencia.

Asimismo y en cuanto a la oportunidad, no es suficiente con que la detención se realice conforme al método más congruente respecto al hecho que se pretende evitar, sino que es preciso, además, que su utilización sea en abstracto necesaria.

Igualmente es imprescindible la presencia del principio de proporcionalidad entre el interés lesionado y la infracción del bien jurídico que se pretende evitar. No basta, por tanto, que el medio sea idóneo o que el uso de la violencia sea en abstracto necesario, si a ello no se une al mismo tiempo la necesidad en concreto de la violencia que, en todo caso, debe ser proporcional a la acción realizada o que se pretende evitar.

A los principios de menor lesividad, congruencia, oportunidad y proporcionalidad, la LOFCS añade en los supuestos de uso de armas de fuego la necesidad de que exista un riesgo racionalmente grave para la vida, o integridad física del funcionario o de terceras personas, o bien que se den las circunstancias que pueden suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana.

Una vez llevado a cabo el acto material de la detención, durante el desarrollo de la misma deben respetarse una serie de requisitos. En el art. 520.2 LECrim. se establece que toda persona detenida será informada, de modo que le sea comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y de la razones motivadoras de su privación de libertad así como de los siguientes derechos:

1º. Derecho a guardar silencio

2º. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

3º. Derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias

4º. Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento

5º. Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete

6º. Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal.

El nº3 del mismo artículo dispone determinadas especialidades

en el caso de que el detenido sea un menor de edad o incapacitado.

Y en los núms. 4, 5 y 6 se regula la asistencia letrada al detenido.

El art. 522 permite a todo detenido el que pueda procurarse a sus expensas las comodidades y ocupaciones compatibles con el objeto de su detención y el régimen del establecimiento en que este custodiado, siempre que no comprometan su seguridad o la reserva del sumario. Los arts. 523, 524 y 525 regulan el régimen de visitas y comunicaciones y las medidas de seguridad que pueden adoptarse respecto del detenido.

#### b') Protección penal

La protección penal que nuestro CP vigente dispensa a la persona que sea detenida ilegalmente, se concreta en la figura genérica del art. 184 y las diversas figuras especiales de los arts. 185, 186 y 187.

En cuanto a la figura del art. 184 y siguiendo a VIVES<sup>53</sup> distinguiremos entre: sujetos activo y pasivo, conducta típica y penalidad.

El art. 184 delimita una figura de la que solamente pueden ser sujetos activos quienes ostenten la condición de funcionarios

---

<sup>53</sup> VIVES ANTON, T.S., Derecho Penal. Parte especial, con COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., Valencia, 1990, pags. 92-97.

públicos y además ostenten la facultad de practicar detenciones<sup>54</sup>.

Sujeto pasivo puede serlo, en principio, cualquiera que tenga la facultad de querer respecto a su posición en el espacio físico y sea capaz de actuar de algún modo esa facultad.

La realización del tipo se halla circunscrita por cláusulas descriptivas ("practicar cualquier detención") y normativas ("ilegalmente"). En cuanto a las primeras habrá que admitir que las detenciones a que alude han de ser actos de la función pública. La pertenencia del acto a la función pública habrá de determinarse mediante el recurso a un triple criterio: subjetivo (el acto ha de ser realizado por un funcionario público genéricamente autorizado para llevarlo a cabo), objetivo (el acto ha de hallarse sometido al derecho público) y teleológico (el acto ha de perseguir un fin público). Este último criterio juega un importante papel en la jurisprudencia, que entiende aplicables los arts. 480 y siguientes, y no el 184, allí donde la detención se lleva a cabo por móviles privados.

Respecto al adverbio ilegalmente, habrán de entenderse practicadas de ese modo tanto las detenciones llevadas a cabo fuera de los casos que la ley señala, como las realizadas sin los requisitos que la misma establece. El término contiene así una remisión a normas extrapenales entre las que revisten especial importancia los arts. 489 y siguientes y 520 y siguientes de la LECrim., ya

---

<sup>54</sup> En nuestra opinión el MF participa del carácter de funcionario público, como ya hemos manifestado en el capítulo III. capítulo IV.

estudiados.

La pena se gradúa en atención al tiempo de duración de la detención. Por un error que procede del Código de 1870, y que ha pasado inadvertido para el legislador a lo largo de más de cien años, las detenciones ilegales de un mes no se contemplan en el texto legal, que se refiere a la que no habiendo bajado de quince días no hubieren llegado a un mes y a las que hubieren pasado de un mes sin exceder del año, no incluyendo, por tanto, en una ni en otra categoría, a aquellas cuya duración sea, justamente, de un mes.

Las diversas figuras de los arts. 185, 186 y 187 CP contienen en su mayor parte reiteraciones innecesarias de la incriminación genérica efectuada por el art. 184. El art. 186 por su parte supone la consagración penal del plazo máximo establecido para la detención gubernativa en nuestra CE (las setenta y dos horas del art. 17.2). Como ya hemos tenido oportunidad de expresar anteriormente nosotros entendemos que tanto el art. 186 CP, como el 17.2 CE son incompatibles con el 496 LECrim. Si la puesta a disposición de la autoridad judicial tiene lugar dentro de las setenta y dos horas, pero la necesidad de investigación del hecho había cesado con anterioridad, el comportamiento del funcionario será ciertamente censurable por cuanto nuestra CE se refiere al "tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones", pero al no existir un delito tipificado, no existirá un reproche penal.

c') "Habeas corpus"

Según la Exposición de Motivos de la LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora de su procedimiento: "La pretensión del «habeas corpus» es establecer remedios eficaces y rápidos para los eventuales supuestos de detenciones de la persona no justificados legalmente, o que trancurran en condiciones ilegales. Por consiguiente, el «habeas corpus» se configura como una comparecencia del detenido ante el juez, comparecencia de la que proviene etimológicamente la expresión que da nombre al procedimiento, y que permite al ciudadano, privado de libertad, exponer sus alegaciones contra las causas de la detención o las condiciones de la misma, al objeto de que el juez resuelva, en definitiva, sobre la conformidad a derecho de la detención".

La necesidad del "habeas corpus" proviene de nuestra CE, en concreto del art. 17.4 que postula su necesidad de regulación.

En cuanto al objeto de este procedimiento es, como dice el TC<sup>55</sup>, limitado, pues a través de él se busca sólo la inmediata puesta a disposición de cualquier persona detenida ilegalmente. Permite hacer cesar de modo inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad, más no es un proceso al término del cual puedan obtenerse declaraciones sobre los agravios que, a causa de la ilegalidad de la detención se hayan infligido a los que la hayan padecido, quienes - resuelta en cualquier sentido su petición de "habeas corpus" - podrán

---

<sup>55</sup> STC 98/1986, de 10 de julio, FJ1.



buscar, por las vías jurisdiccionales adecuadas, la reparación en derecho de aquellas lesiones. El art. 1 de la Ley expresa la cognición limitada de este proceso concretando los supuestos en los que las personas se consideran ilícitamente detenidas:

1º. Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurran los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes,

2º. Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar,

3º. Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes si, transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al juez más próximo al lugar de la detención,

4º. Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

En cuanto a los elementos personales de este proceso, distinguiremos entre el órgano jurisdiccional y las partes.

Órgano jurisdiccional competente para conocer la solicitud de "habeas corpus" será, según el art. 2 de la Ley, el juez de instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad; si no constare, el del lugar en que se produzca la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido. Se establecen normas de competencia distintas en el ámbito de la

jurisdicción militar y para el caso de los supuestos del art. 55.2 CE.

En cuanto a los sujetos activos podrán serlo tanto el privado de libertad, como su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad; descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales. También el MF y el Defensor del Pueblo.

Sujeto pasivo será la autoridad<sup>56</sup>, agentes, funcionario público o representante de la institución o persona que hubiere ordenado o practicado la detención o internamiento y, en todo caso, aquella bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad (art. 7 II LOHC). En nuestra opinión las personas jurídicas no pueden ser sujeto pasivo de este procedimiento dado que la responsabilidad penal que se derivara de él por la comisión del delito de detenciones ilegales no podría exigírseles. Esto se deduce de lo dispuesto en el art. 15 bis CP<sup>57</sup> y también es la postura mantenida por un amplio sector de la doctrina penal española. Sin embargo GIMENO SENDRA defiende la posibilidad de que las personas jurídicas sean sujeto pasivo del "habeas corpus" y en cuenta apoyos en la LOHC

---

<sup>56</sup> Según el art. 119 CP se reputarán también autoridades los funcionarios del MF. Evidentemente el MF dado que tiene potestad para ordenar la detención en el proceso penal, debe poder ser sujeto pasivo del procedimiento de "habeas corpus".

<sup>57</sup> Art. 15 bis CP: "El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo".

para mantener esta opinión<sup>58</sup>.

El procedimiento del "habeas corpus" es bastante sencillo. No es necesaria la intervención, ni de abogado, ni de procurador. Comienza por escrito o comparecencia en el que deberán constar:

1. El nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el amparo

2. El lugar en que se halle el privado de libertad y la autoridad o persona bajo cuya custodia se encuentre

3. El motivo concreto por el que se solicita el "habeas corpus".

El sujeto pasivo estará obligado a poner inmediatamente en conocimiento del juez competente la solicitud.

Promovida la solicitud, el juez examinará la concurrencia de los requisitos y dará traslado de la misma al MF. Seguidamente, mediante auto irrecurrible, acordará la incoación del procedimiento, o, denegará la solicitud por ser ésta improcedente.

En el auto de incoación el juez ordenará a la autoridad que ponga de manifiesto ante él a la persona privada de libertad. Antes de dictar resolución oír al juez al solicitante de amparo y al MF, acto

---

<sup>58</sup> "GIMENO SENDRA, V., El proceso de «habeas corpus», Madrid, 1985, págs.61-62: " La parte demandada por el contrario puede ser tanto una persona física como jurídica. Este hipotético pero posible supuesto aparece implícitamente contenido en el art. 1 b) de la LOHC("... personas que estén ilícitamente internadas contra su voluntad en cualquier establecimiento o lugar..." ) y de un modo más expreso en el art. 7.2º (el juez oír al "representante de la Institución o persona que hubiere ordenado o practicado la detención...").

seguido oír al sujeto pasivo de este procedimiento. Admitirá el juez, si las estima pertinentes las pruebas que aporten las partes y en plazo de veinticuatro horas, contadas desde que sea dictado el auto de incoación, practicará todas las actuaciones y dictará la resolución que proceda.

Mediante auto motivado el juez de instrucción adoptará alguna de estas resoluciones:

1ª. Si el proceso carece de objeto, por no estar dentro de alguna de las causas del art. 1 LOHC, archivará las actuaciones y declarará ajustada a derecho la privación de libertad.

2ª. En otro caso tomará alguna de las siguientes medidas:

- puesta en libertad del detenido, si la detención fue ilegal,
- continuación de la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la detentaban,
- inmediata puesta a disposición judicial de la persona privada de libertad, si ya hubiera transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención.

Los infractores quedan sujetos a responsabilidad criminal, siendo posible también la condena en costas.

La LOHC no dice nada sobre la recurribilidad del auto de resolución. Según GIMENO SENDRA<sup>59</sup> deben aplicarse

---

<sup>59</sup> GIMENO SENDRA, V., El proceso de "habeas corpus", cit., págs. 232-237.

supletoriamente las disposiciones generales de la LECrim. relativas a los medios de impugnación. Así sería aplicable el art. 218 LECrim. (queja sin plazo). Sería también posible el posterior acceso al TC previa invocación del derecho constitucional vulnerado (derecho a la libertad) vía art. 44 LOTC<sup>60</sup>. Y por último todavía podría el demandante gravado por aquella resolución ejercitar los medios de impugnación ordinarios contra la resolución judicial contra la que se dispone su privación de libertad. En este último caso habrá que descender con carácter previo, al examen de la naturaleza de la resolución desestimatoria y así los medios de impugnación podrían ser: recurso de apelación, recurso contencioso-administrativo ordinario, recurso especial de protección

---

<sup>60</sup> Esto, sin embargo, es discutible. Sí que es factible según la interpretación que el TC está haciendo del art. 44.1 b) LOTC, pero si se lee detenidamente se comprenderá que esa interpretación no es correcta. En efecto, según el citado precepto: "Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:... b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieran lugar al proceso en que aquéllas acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional". Como se aprecia, este artículo está pensando en violaciones de derechos cometidas por el juez y además imputables de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial. Es decir, se está pensando en actos procesales atentatorios a los derechos reconocidos en el art. 24 CE, p.e. la denegación de un medio de prueba. En el caso del "habeas corpus" el órgano judicial no ha violado el derecho fundamental de modo inmediato y directo, puesto que la resolución judicial, si es estimatoria, impedirá que continúe la situación de violación del derecho o de la libertad, y en el caso de ser denegatoria, no causará la lesión de modo inmediato y directo. En cualquier caso nunca se causará la lesión con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso, sino en estrecha dependencia con aquéllos.

jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, recursos de reforma y de apelación, etc.,

No podemos finalizar el epígrafe dedicado a la detención sin hacer unas consideraciones, acerca del "acompañamiento a dependencias próximas" regulado en el art. 20.2 la LOPSC 1/1992, de 21 de febrero.

A pesar de que la Exposición de Motivos de la citada ley afirme categóricamente que no altera el régimen vigente del instituto de la detención, que sólo puede seguir produciéndose cuando se trate de un sospechoso de haber cometido un delito y no por la imposibilidad de la identificación, de la simple lectura del texto del art. 20 se deduce claramente que el sospechoso de haber cometido una falta o quien haya efectivamente realizado una infracción administrativa, también puede ser sujeto pasivo de ese "acompañamiento".

Sobre la naturaleza de tal "acompañamiento" no surgen dudas. Se trata de una detención. La STC 98/1986 previamente citada es clara al respecto: no pueden encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad. Sin embargo la STC de 18 de noviembre de 1993 al resolver las dudas de inconstitucionalidad sobre este artículo ha concluido que es no es contrario a la Constitución<sup>61</sup>. Su

---

<sup>61</sup> La argumentación completa del TC se encuentra en los FJ núms. 4, 5 y 6 de la sentencia citada.

razonamiento, en lo sustancial, ha sido el siguiente. El TC reconoce que el art. 20.2 LOPSC constituye una modalidad de privación de libertad pero a continuación lleva a cabo una interpretación del art. 17 CE que, por no contar con el apoyo de la doctrina anterior de este Tribunal, debe considerarse como construcción de nueva planta<sup>62</sup>. Esta construcción se basa en dos premisas:

- Primera: que el art. 17.1 CE permite al legislador configurar, mediante ley orgánica, una medida de privación de libertad distinta de la detención preventiva, siempre que: a) la finalidad de tal medida sea la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos; b) que esa medida posea un grado de indeterminación que no cree inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva, y c) que no incurra en falta de proporcionalidad.
- Segunda: que aunque tal medida sea distinta de la detención preventiva de los núms. 2 y 3 del art. 17 CE, a la persona privada de libertad según el art. 20.2 LOPSC, le son aplicables al menos algunas de las garantías -las que sean adecuadas en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad de que se trate- de los citados núms. 2 y 3 del art. 17 CE.

La nueva construcción que ha hecho el TC del derecho a la

---

<sup>62</sup> A partir de aquí recogemos una parte del voto particular del magistrado GONZALEZ CAMPOS, J., por ser especialmente clarificador desde nuestro punto de vista.

libertad y a la seguridad personal es claramente reductora frente a la anterior manifestada en la STC 98/1986<sup>63</sup>. Dos de las consecuencias negativas de esta nueva doctrina constitucional serán:

- Existencia de un número abierto de supuestos legales de privación de libertad, siendo suficiente con que el legislador cumpla con los tres requisitos antes indicados.
- Conversión de las concretas garantías constitucionalmente previstas para la privación de libertad en los núms. 2 y 3 art 17 CE, en unos evanescentes criterios que se dice derivan de las mismas y cuyo control y aplicación, en cada caso, se deja a la determinación del propio TC.

A nuestro entender esta nueva doctrina constitucional consagra la figura de la retención policial, verdadera "zona gris" entre libertad y detención, posibilitando la creación por el legislador de nuevos supuestos encuadrables en la misma categoría. La retención se permite además, con un elevado grado de inseguridad jurídica por cuanto las garantías que asisten al ciudadano objeto de tal medida no es necesario sean previstas taxativamente con anterioridad.

Por todas las razones anteriormente manifestadas nos parece que la decisión de nuestro más alto Tribunal, en este punto, ha sido profundamente desacertada.

---

<sup>63</sup> Sentencia ya anteriormente citada y a la que se refieren los dos votos particulares disidentes formulados a la STC 341/1993.



## **B) Medidas reales provisionalísimas**

Al hablar de las medidas de carácter real que el MF puede adoptar en el curso del procedimiento preliminar, se le viene reconociendo la facultad de adoptar todas aquellas medidas que la policía pueda hacer por sí misma. Se razona diciendo que si la policía puede realizar esas medidas "motu proprio", más aún podrá el fiscal, que es uno de sus jefes desde el punto de vista funcional junto con el juez, encomendárselas<sup>64</sup>. Se concluye así que el MF podrá realizar las medidas del art. 786 apartados a) y c).

Ahora bien, si se examina detenidamente el contenido del art. 786 LECrim. para el proceso abreviado y se compara con los arts. 284 y 13 LECrim. para el proceso ordinario, se observa que las diferencias son escasas, pues en verdad se trata en ambos casos de diligencias de prevención. Es decir, diligencias que lleva a cabo la policía judicial en los primeros momentos y sin que ninguna autoridad (ni juez, ni fiscal) le haya ordenado actuar así. Son los policías los que deben llevar a cabo esas medidas porque son ellos

---

<sup>64</sup> En este sentido la Circular de la FGE 1/1989, cit., pág. 1361, dice que la adopción de medidas cautelares reales (fianzas, embargos, secuestro de vehículos, intervención del permiso de circulación, etc.), están reservadas a los jueces, sin embargo habrán de tenerse en cuenta los apartados a) y c) de la regla segunda del art. 786 que autoriza a la policía judicial (la que podrá actuar por delegación del fiscal al respecto) a secuestrar los efectos que se encuentren en el lugar del delito o a la intervención del vehículo y documentos mencionados en el apartado c), regla octava del art. 785, aunque sólo provisionalmente y para su inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial.

los que se encuentran en la "primera línea de fuego" es decir, en la calle, que suele ser escenario directo o indirecto de gran parte de los delitos especialmente de aquéllos que requieren de estas primeras diligencias de prevención.

Así, decir que el fiscal podrá ordenar a la policía este tipo de diligencias carece de sentido. No porque el fiscal no pueda hacerlo, que por cierto sí puede, sino porque la policía, para cuando el fiscal tenga conocimiento de los hechos y se encuentre en disposición de ordenarlas, ya las habrá practicado debido a su carácter de diligencias de prevención.

Podría pensarse entonces que no existen medidas auxiliares de la investigación de carácter real. Sin embargo esto no es así. Según el art. 785 bis 1 "in fine" : "(el fiscal) instará del juez de instrucción la incoación de las correspondientes diligencias previas con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición el detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito". Estos efectos del delito que en un primer momento quizás la policía haya recogido del lugar del crimen (art. 786 a) o bien le hayan sido directamente entregados al fiscal por el denunciante, son objeto de una medida de carácter real mientras se prolongue la investigación del fiscal.

En cuanto a cuál sea la naturaleza jurídica de esa medida relativa a los llamados efectos del delito, es decir el conjunto de objetos que integran el denominado cuerpo del delito, es igualmente cierto como predicábamos de la detención respecto de la medida cautelar del mismo nombre que su finalidad parcialmente coincide con los de las

medidas cautelares reales (garantizar la ejecución de la sentencia, en este caso la ejecución de la pena de comiso), sin embargo aquí también se da cita la doble excepción que al hablar de la detención hacíamos referencia, a saber: su no jurisdiccionalidad, frente a la del resto de medidas cautelares reales y la inexistencia de proceso penal abierto, frente a la necesidad de que éste exista para que puedan acordarse las medidas cautelares reales penales.

En cuanto a su régimen legal el fiscal custodiará bajo su responsabilidad estos objetos mientras dure su investigación. Cuando ésta finalice al instarse del juez la apertura de diligencias previas se le entregarán (art. 785 bis 1 "in fine"). También se le entregarán cuando el fiscal cese en sus diligencias en virtud de lo dispuesto en el art. 785 bis 3. Si el procedimiento preliminar termina porque el fiscal decreta el archivo de actuaciones lo lógico será que al igual que se deja en libertad al detenido se devuelvan a sus dueños los efectos retenidos.

## **5. La terminación del procedimiento preliminar fiscal**

El procedimiento preliminar fiscal concluirá con una resolución en forma de decreto que contendrá uno de estos tres pronunciamientos:

1. Archivar las actuaciones, cuando el hecho no revista los caracteres de delito (art. 785 bis.1 LECrim).
2. Instar del Juez de instrucción la incoación de las correspondientes diligencias previas con remisión de lo actuado, si

el hecho es presuntamente punible (art. 785 bis.1).

3. Cesar en las diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos (art. 785 bis.3).

En cuanto a los modos de terminación de este procedimiento nos parecen muy atinadas las cuestiones que plantea y a la vez resuelve la Circular nº 1/1989.

Así, y en lo referente al sobreseimiento hay que entender que éste autoriza al fiscal a reabrir una nueva investigación pues la prohibición del art. 785 bis.3 cesa al suspenderse el procedimiento en curso. La inexistencia de impedimento para la función investigadora del fiscal será especialmente útil en los casos en los que el sobreseimiento sea por entender el juez que no existen indicios razonables de criminalidad contra el acusado. De este modo el fiscal podrá proseguir la investigación buscando nuevos indicios o reforzando los existentes a fin de solicitar nuevamente la apertura del procedimiento si su investigación proporciona los resultados esperados.

El art. 785 bis.1 no establece la obligación de hacer constar expresamente en la comunicación de archivo al perjudicado u ofendido<sup>65</sup>, la posibilidad que éste tiene de reiterar la denuncia ante

---

<sup>65</sup> Respecto a la obligación de comunicar al denunciante y por el juez la no admisión de la denuncia, ha manifestado su opinión TORRES ROSELL, N. en la interpretación que hace de la jurisprudencia constitucional en La denuncia en el proceso penal, Madrid, 1991, págs. 348-350. Así señala que en principio parece que no es preceptivo comunicar al denunciante el auto de inadmisión o de desestimación

el juez de instrucción. Nos parece sin embargo que los fiscales deben comunicar esta posibilidad de reiteración judicial de la denuncia. Nos basamos para ello en la aplicación analógica del art. 58.2 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común: " Toda notificación deberá ser cursada en el plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran

---

de la denuncia (STC 173/1987), de 3 de noviembre) y así lo declaró el TC al señalar que no es posible considerar que al mero denunciante pueda habersele causado indefensión por la irregular notificación de la citación para celebración del juicio de faltas, "ya que en su condición de denunciante, su derecho a la tutela judicial efectiva se agota en el hecho de que el órgano jurisdiccional acoja su demanda y realice las correspondientes investigaciones". Sin embargo se pregunta la autora qué posibilidades reales tiene el denunciante de ejercitar la acción penal posteriormente si no se le comunica la resolución que admite, desestima o inadmite su denuncia.

Es cierto que cuando el denunciante es el ofendido o perjudicado por el hecho, tarde o temprano será citado por el juez, pero ¿qué ocurre con el denunciante no ofendido por el hecho; tiene algún medio de conocer la incoación del proceso para poder ejercitar la acción penal?. Es más, cuando la respuesta judicial a la denuncia es su inadmisión, nada impide, en principio, que el denunciante pueda mostrarse parte en la causa a través de la formulación de la querella, pero ¿cómo conoce ese dato?

Por tanto, para evitar las posibles vulneraciones de los citados principios constitucionales la autora considera la posibilidad de que la resolución que se pronuncie acerca de la denuncia, cualquiera que sea su contenido, se ponga en conocimiento también del denunciante, afirme o no, ser el ofendido o perjudicado por la comisión del hecho.

En la actualidad viene siendo una práctica habitual de nuestros tribunales la notificación al denunciante de la no admisión de la denuncia.

de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente".

Otro de los modos de terminación del procedimiento preliminar se produce cuando el fiscal insta del juez de instrucción la incoación de las correspondientes diligencias previas por considerar el hecho presuntamente punible. Nos encontramos aquí ante lo que podríamos denominar imputación fiscal. La forma en la que debe instarse la incoación será la de querella pues así lo dispone el art. 271 LECrim ("Los funcionarios del Ministerio fiscal ejercitarán también, en forma de querella, las acciones penales..."), aplicable al procedimiento abreviado en virtud de lo dispuesto en el art. 780 LECrim. En nuestra opinión y a pesar de lo que pueda suceder en la práctica el MF, si considerará que el hecho reviste los caracteres de delito, tiene la obligación de ejercitar la acción penal mediante la querella<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> En este sentido pueden verse la Instrucción de 7 de noviembre de 1925 y más recientemente la Consulta nº 8 de 3 de octubre de 1973 ambas recogidas por MONZON Y DE ARAGON, E., Cincuenta años de doctrina de la Fiscalía del Tribunal Supremo, Madrid, 1980, págs. 1295-1296 y 2850-2851 respectivamente.

En la primera de ellas y censurando la práctica de algunas Fiscalías que se limitan cuando no poseen los elementos suficientes, a cursar escrito al juez instructor con una fórmula de remisión para que se obre como proceda con arreglo a derecho, dice el Fiscal General: "Nada de fórmulas de remisión para que se obre como proceda con arreglo a derecho; el Fiscal debe saber siempre lo que procede y cuál es el derecho y debe decirlo. Nada de oficios impresos para remitir denuncias que producen el efecto de no haberse enterado de éstas o no saber lo que procede hacer quien recibió aquéllos; debe V.I. destruir los que todavía existan en esa Fiscalía del modelo que me da a conocer. (...). ¿Qué es practica constante, dice V.I. remitir las denuncias que se reciben en esa Fiscalía al juez instructor con un oficio impreso

La petición de incoación al juez puede suponer simplemente la apertura formal de diligencias, con asignación de un número concreto al asunto si a la vista de lo actuado y remitido por el fiscal, el juez considera que hay material suficiente para formular acusación, en cuyo caso habrá correspondido al MF la completa instrucción de la causa. En otro caso implicará la práctica de nuevas diligencias (art. 789.3 LECrim.).

Por último, el fiscal debe cesar en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.

Con relación a este modo de terminación hay que hacer tres

---

requiriendo al oficiado a que se acuerde la formación del sumario? Pues constantemente se hace lo que no se debe hacer. (...). Cada denuncia que se recibe en una Fiscalía debe ser cuidadosamente examinada por el Fiscal jefe para, bajo su responsabilidad, hacer lo que procede...(...) Si la denuncia recibida resulta comprendida en alguno de los dos casos a que se refiere la salvedad que el art. 269 de la LECrim. expresa, el Fiscal debe abstenerse de todo procedimiento. Si no lo está y el Fiscal dispone de los elementos suficientes, no debe limitarse a cursar el escrito al juez instructor sino que ha de ejercitar las acciones procedentes precisamente en forma de querella. Y si no lo está, pero no dispone de elementos suficientes, remitirá la denuncia recibida al Juez instructor, pero nunca con una fórmula impresa para que proceda a lo que haya lugar, sino expresando lo que resulte indicado hacer para la depuración acertada de la denuncia. Todo, en fin, menos limitarse el Fiscal a ser un mero receptor de pliegos, que los transmite a otra persona para que haga lo que tenga a bien; para obrar así no sería necesario ostentar la medalla del Ministerio Fiscal, ni siquiera vestir toga, bastaría un modesto empleado que supiera leer y escribir, cuando no se dispusiere de un distribuidor mecánico". En la Circular se prosigue en la misma línea especificando que en el caso de que el fiscal carezca de elementos suficientes para formular querella, debe remitir la denuncia para la incoación de diligencias previas al Juez de instrucción, con indicación de las actuaciones que considera procedente practicar para la comprobación de la denuncia, personándose en las actuaciones, según prescribe el art. 781 de la LECrim., y según el resultado de las mismas formular la petición procedente.

puntualizaciones.

En primer lugar qué debe entenderse por "conocimiento". El conocimiento al que se refiere el art. 785 bis.3 debe ser el formal de la existencia de actuaciones, bien a través de una comunicación del juez, o bien con motivo de acudir personalmente el fiscal al procedimiento. La primera forma será la más común, pues los jueces vienen obligados a dar parte a los fiscales de la formación de sumarios (art. 308 LECrim.) y de la incoación de diligencias previas (art. 789.3 LECrim.). La segunda será por notificación previa de alguna actuación, por citación del juez para concurrir a alguna diligencia o por iniciativa propia.

Como observa ORTELLS<sup>67</sup> "cesará en sus diligencias" no significa que el fiscal no pueda ya realizar investigaciones, sino que éstas no se entenderán integrantes del procedimiento preliminar.

En segundo lugar qué procedimientos judiciales son los que deben dar lugar a la cesación del procedimiento preliminar fiscal. Evidentemente deben ser los de carácter penal, pues la investigación del fiscal tiene esa naturaleza. Así la existencia de pleito civil sobre los hechos o la incoación de diligencias judiciales indeterminadas no impedirán la prosecución del procedimiento preliminar fiscal.

Puede suceder que se abra un juicio de faltas por el mismo hecho por el que previamente se había iniciado un procedimiento

---

<sup>67</sup> ORTELLS RAMOS, M., Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, cit., pág. 140.



preliminar fiscal o por otros que por su conexión entren en la competencia del juez de lo Penal. En tal caso, la investigación por delito tiene primacía sobre la persecución de la falta, así el fiscal no se contentará con la mera cesación de sus diligencias sino que las presentará al juez y le pedirá que proceda a la apertura de diligencias previas y a reclamar el juicio de faltas para su incorporación a las mismas.

En tercer lugar cómo debe articularse la necesaria rapidez ("tan pronto como tenga conocimiento", dice la ley) con la que el fiscal debe terminar su investigación.

En aras de que la conclusión del procedimiento no perturbe la investigación en curso, distingue la Circular 1/1989 entre:

1. Las diligencias que proyectase realizar el fiscal, de las que pedirá su práctica y
2. Las ya acordadas y en curso de ejecución que, como regla general, se terminarán. Si la culminación es inmediata se procederá a la misma antes de presentar las actuaciones al juez de instrucción y si no lo es, se le comunicará este extremo al juez al tiempo de presentarle las actuaciones de la investigación y el resultado de la diligencia en curso le será remitido tan pronto finalice.

## **II. LAS FACULTADES DEL MINISTERIO FISCAL EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS**

El MF cuando, por la circunstancia que fuere, no dirija el procedimiento preliminar, despliega su actividad en la fase instructora a cargo del juez. A esta fase instructora o procedimiento preliminar judicial quiere el legislador llamarla "diligencias previas". Según la misma ley estas diligencias serán las esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento (art. 789.3).

La actuación del MF en este caso es muy similar a la que desarrolla en el proceso ordinario, si bien la ley establece diferencias que nosotros iremos poniendo de relieve teniendo presente que su incidencia práctica dependerá fundamentalmente de las dotaciones con que cuente la institución.

El art. 781 LECrim. hace referencia al papel del MF en el proceso abreviado. De entre las obligaciones y facultades que se le reconocen referidas a su actuación en el proceso abreviado en general y a las diligencias previas en particular encontramos las siguientes:

1. La constitución del fiscal en el procedimiento
2. Velar por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudiciados por el delito

3. El deber de impulsar y simplificar su tramitación que se concreta en dar a la policía judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, en instar del juez de instrucción la adopción de medidas cautelares o su levantamiento y la conclusión de la investigación.

A esta lista debe añadirse el deber de utilizar los recursos que se estimen procedente, ya que de ese modo las facultades y deberes enumerados podrán ejercitarse de manera más eficaz. Examinemos cada una de estas facultades-deberes.

#### 1. La constitución del fiscal en el procedimiento<sup>68</sup>

Según la Circular 1/1989 por constitución debe entenderse el personamiento<sup>69</sup> en el procedimiento desde que se tenga noticia de su

---

<sup>68</sup> Con respecto a lo que debe entenderse por "constitución del fiscal" es necesario hacer dos precisiones:

1ª- No puede predicarse en sentido jurídico ya que este órgano no necesita manifestar su voluntad de ser parte pues legalmente lo es y como tal la ley le encomienda el ejercicio de las acciones penales y civiles dimanantes de los delitos y faltas (art. 3º.4 EOMF).

2ª- Debe entenderse, pues, que el término es incorrectamente empleado por la ley. En realidad esta constitución del fiscal en el proceso abreviado es la misma a la que se refiere el EOMF. Sin embargo si leemos entre líneas -aunque no sea muy ortodoxo hacerlo así en una ley- encontraremos que al término "constitución" el legislador de la L 7/1988 le ha dado un sentido no jurídico. Este sentido hace referencia a una presencia más activa del fiscal en el procedimiento que incluiría su presencia física en el mismo como la consecuencia del carácter de parte que el MF posee y que implica su intervención en el proceso y el ejercicio efectivo de las posibilidades procesales. Este último sentido parece encontrarlo también la Circular 1/1989, cit., pág. 1348.

<sup>69</sup> Incluir en el significado del término constitución el personamiento físico, es a la vez que incorrecto (ver nota anterior), ingenuo dados los escasos efectivos

iniciación, el seguimiento de los trámites del mismo y la intervención en la práctica de las diligencias de averiguación<sup>70</sup>.

De la iniciación de las diligencias previas tendrá conocimiento el Fiscal dado que el juez viene obligado a dar cuenta al fiscal de la Audiencia correspondiente de la incoación de este procedimiento y de los hechos que lo determinen (art. 789.3).

La anterior redacción legal, vigente el procedimiento de urgencia para determinados delitos, era mucho más realista y según este mismo art. 781 hoy derogado se hablaba de la constitución del fiscal en las actuaciones por medio de sus auxiliares o delegando sus funciones en el fiscal municipal o comarcal respectivo. Sin embargo, y a pesar de la dicción imperativa de la ley, el legislador es consciente de la imposibilidad de su mandato y lo manifiesta, por ejemplo, en el art. 789.5.4<sup>a</sup> (...si no hubiere miembro del MF constituido en el juzgado...).

Es preciso dejar constancia aquí que, como pone de manifiesto la doctrina y la misma FGE, la atribución al MF de nuevas funciones mediante el proceso abreviado y en concreto de ésta de la constitución personal y directa en las diligencias previas no son realizables sin una previa dotación de la infraestructura necesaria y que consistiría fundamentalmente en un incremento sustancial de los medios materiales y personales de los que en la actualidad se

---

personales con lo que actualmente cuenta la institución.

<sup>70</sup> Circular citada, pág. 1370.

dispone<sup>71</sup>. Mientras no se aborde esta cuestión pendiente las posibilidades de la ley no podrán desarrollarse satisfactoriamente.

## **2. Velar por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito**

En cuanto al respeto de las garantías procesales del imputado se observa en la regulación de las diligencias previas la omisión de toda referencia a los elementos que puedan ser útiles para la defensa. Sin embargo de un correcto entendimiento del derecho de defensa reconocido en el art. 24.2 CE y plasmado en los arts. 118 y 302 LECrim., de aplicación supletoria al proceso abreviado, debe concluirse el derecho de toda persona a quien se impute un acto punible de actuar en el procedimiento, conociéndolo e interesando lo que crea oportuno para su derecho de defensa, solicitando diligencias y ejercitando los recursos pertinentes contra las resoluciones del juez que estime contrarias a sus intereses.

Dispone la ley que en la primera comparecencia del imputado en las diligencias previas el juez le informará de sus derechos, le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre

---

<sup>71</sup> No es realista pensar que la previsión legal pueda cumplirse si se es consciente de las condiciones en las que trabaja el MF. En concreto y para una ciudad como Valencia con un censo urbano en torno al millón de habitantes hay asignado un fiscal para cada cinco juzgados de instrucción, con lo que la constitución personal en cada uno de los señalamientos es tarea realmente imposible.

y le advertirá que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia si la pena en su día solicitada no excediera de un año, en el caso de ser privativa de libertad, o de seis, si fuera de otra naturaleza. Deberá asimismo el juez realizar el ofrecimiento de acciones, ofrecimiento que tras la reforma operada por LO 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal puede hacer también la policía. El MF deberá hacer las peticiones e interponer los recursos necesarios para que el derecho de defensa del imputado sea respetado. Asimismo deberá vigilar para que a todas estas prescripciones y advertencias se les dé fiel cumplimiento no sólo formalmente sino en forma inteligible para el imputado.

Una cuestión relacionada con esta función del fiscal es la que surge al examinar el auto de conclusión de las diligencias previas conforme a los términos del art. 789.5.2<sup>a</sup>. En este caso, el juez, si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a las diligencias previas mandará remitir lo actuado al juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento.

Como pone acertadamente de manifiesto la Circular 1/1989<sup>72</sup> conforme a las nuevas competencias de los jueces de instrucción en materia de faltas, el instructor de las previas podría ser el competente para enjuiciar la falta declarada. Con ello puede

---

<sup>72</sup> Cit., pág. 1376.

producirse una ruptura del principio del juez imparcial, en cuanto el instructor de las previas habría incurrido en la causa de abstención y al mismo tiempo recusación, que señala el art. 219.10ª LOPJ.

El fiscal, que debe velar por la pureza del procedimiento y por los derechos del imputado, vigilará atentamente para que no se produzca una infracción de aquella regla del juez imparcial, haciendo observar al juez la causa de abstención y llegando a su recusación si creyera que los derechos del acusado pueden ser vulnerados.

En cuanto a la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito al MF compete hacer uso de los medios necesarios para que desde un primer momento, se les satisfaga en todo aquello que pueda remediar la situación creada por el delito. El MF debe velar para que el juez utilice los medios comunes que establece la ley para salvaguardar los derechos de estas personas y en especial debe cuidar que se adopten, en su caso, las medidas previstas en el art. 785.8ª que bajo esta óptica se concretan en:

1. El aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias de los que pudieran resultar responsables civiles directos o subsidiarios
2. La intervención inmediata del vehículo cuando fuere necesario para asegurar las responsabilidades pecuniarias, en tanto no conste acreditada la solvencia del inculcado o del tercero responsable civil
3. El señalamiento de la pensión provisional para atender a la víctima y a las personas que estuvieren a su cargo, en los hechos

derivados del uso y circulación de vehículos de motor

4. La obtención, por el médico forense u otro perito, de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho

5. La asistencia debida a los heridos, enfermos y cualquier otra persona que, con motivo u ocasión de los hechos necesite asistencia facultativa.

Cuando se trate de menores, incapaces o personas desvalidas, el fiscal debe iniciar de oficio a través de los correspondientes procedimientos las medidas de protección y representación necesarias (art. 3 EOMF).

### 3. Impulsar y simplificar la tramitación del procedimiento

El deber genérico de impulsar y simplificar la tramitación del procedimiento abreviado se concreta en las diligencias previas en que el fiscal se oponga razonadamente a aquellas diligencias interesadas por las partes que tengan finalidad dilatoria y respecto al juez "...oponiéndose a cuantos trámites, por rutina procedimental procedente del pasado o por excesivo celo documentador del juez de instrucción, supongan innecesarias repeticiones de diligencias o aportaciones sumariales impropias..."<sup>73</sup>. Ténganse en cuenta sin embargo dos apreciaciones. La primera, que esta impulsión del

---

<sup>73</sup> PORTERO, L., REIG J. V., MARCHENA M., Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado), Bilbao, 1989, pág. 30.



procedimiento no llegará a utilizarse si el juez instruye adecuadamente el proceso e impide que prosperen las peticiones de diligencias retardatorias del procedimiento lo que incluye, por cierto, las del MF que merezcan este calificativo. La segunda que este deber del MF no debe identificarse con el impulso procesal de oficio que el art. 237 LOPJ encomienda al órgano jurisdiccional. En todo caso este impulso sería una petición de parte, con lo que nos hallaríamos ante una contradicción: si rige en todo caso en el proceso penal el impulso de oficio no puede regir al mismo tiempo el de parte, ya que el MF eso y no otra cosa es. Esta impulsión procedimental debe más bien reconducirse al terreno de las funciones que genéricamente se encomiendan al MF en su Estatuto y, en concreto, a la de velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados (art. 3.1 EOMF).

Según ORTELLS<sup>74</sup> este deber lo puede hacer el MF propiamente sólo en el procedimiento preliminar que él dirige. Cuando el procedimiento lo dirija un órgano jurisdiccional, aquel deber habrá que entenderlo en el sentido de que el MF realizará los actos que le son propios teniendo en cuenta el criterio de instar una tramitación ágil y simplificada, pero todo esto, obviamente, dentro de los límites del régimen legal de la tramitación. En definitiva, y según

---

<sup>74</sup> ORTELLS RAMOS, M., en El Ministerio Fiscal en el procedimiento abreviado, (pendiente de publicación).

este autor, nada nuevo sobre lo que dispone el art. 3.1 EOMF.

Como decíamos al principio, esta misión de impulso y simplificación se reconduce a tres funciones más específicas en el seno de las diligencias previas. Por un lado está la de dar instrucciones a la policía judicial. Ciertamente es que estas instrucciones serán más relevantes si las da el fiscal siendo él el director del procedimiento, pero nada impide que pueda ordenarlas en la fase judicial. Por otro lado, esta posibilidad ya estaba prevista en el art. 283 LECrim. y su alcance efectivo pasa por la interpretación de los arts. 30, 31 y 35 LOFCSE<sup>75</sup>.

En el caso de contradicción entre las instrucciones del fiscal y las del juez tendrán que prevalecer las de este último, sin perjuicio de la impugnación y otros remedios legales que puedan asistir al fiscal<sup>76</sup>.

Otra función es la de instar del juez la adopción de medidas cautelares o su levantamiento. El fiscal debe interesar la adopción de estas medidas porque es preciso que se asegure la posibilidad de celebrar el juicio oral y el efectivo cumplimiento de la sentencia que se dicte. Como dice ESCUSOL BARRA porque la necesidad de asegurar la celebración del juicio es una exigencia natural de la sociedad que quiere que el imputado de los hechos delictivos, sea

---

<sup>75</sup> Idem

<sup>76</sup> En el mismo sentido véase PORTERO, L., (con otros) en Comentarios..., cit., pág. 30.

sometido a juicio para que su responsabilidad quede depurada y a continuación, si se llega a una sentencia condenatoria de las pretensiones civil y penal, ésta sea efectivamente cumplida<sup>77</sup>.

Igualmente el MF debe instar el alzamiento de las medidas cautelares cuando estime que los presupuestos que aconsejan su adopción y su mantenimiento en el tiempo bien han desaparecido o bien han variado, de tal manera que la medida cautelar inicialmente acordada deba ser sustituida por otra.

Por último la facultad de impulsión del procedimiento se concreta en instar del juez la conclusión de la investigación.

Esta facultad del MF no es en realidad ninguna novedad. Ya el art. 622 II LECrim. contiene una regla similar. En efecto según este artículo cuando no haya acusador privado y el MF considere que en el sumario se han reunido los suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos y poder entrar en el trámite de juicio oral, lo hará presente al juez de instrucción. La única diferencia entre la regulación para el proceso abreviado y la del ordinario residiría en que en el primero no es preciso que no haya acusador privado. Sin embargo pensamos que la diferencia no es tal, ya que de una interpretación conjunta del art. 3.1 EOMF y del 324 LECrim., se deduce la facultad del MF de instar la conclusión del sumario haya o no acusador particular siempre que la superación del

---

<sup>77</sup> ESCUSOL BARRA, E., El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento penal abreviado, Madrid, 1990, págs. 105 y 106.

plazo de un mes y/o las sucesivas ampliaciones semanales no estén debidamente justificadas.

Sin ser novedad, como ya hemos demostrado, esta facultad del MF, sí lo es la interpretación que algún autor hace de ella en el sentido de considerar que por operar en el proceso abreviado más intensamente el principio acusatorio es vinculante para el juez la solicitud del fiscal de que se concluya la investigación<sup>78</sup>. En nuestra opinión es al juez al que compete en todo caso decidir si la investigación está o no completa. Y basamos nuestra afirmación en dos razones.

En primer lugar en la aplicación supletoria de las normas generales del proceso ordinario por delitos graves al proceso abreviado (art. 780 LECrim.). En este sentido, la Circular 1/1989 dice que "... sus normas (las del proceso abreviado) no regulan la totalidad del procedimiento sino que aparecen complementadas por las del procedimiento ordinario y las comunes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 780), en cuanto no sean específicamente modificadas por la de este procedimiento o resulten incompatibles con él". Y en el proceso ordinario encontramos una norma que ni está específicamente modificada por las normas del abreviado, ni resulta incompatible con aquél. Nos referimos al art. 622 I según el cual practicadas las diligencias decretadas de oficio o a instancia de parte por el juez instructor, si éste considerase

---

<sup>78</sup> Ob. cit. nota anterior, pág. 107.

terminado el sumario, lo declarará así...".

La segunda razón es un argumento "a fortiori". Si en el proceso abreviado siendo el fiscal el director de la investigación, tiene que aceptar la decisión del juez de que su investigación no es suficiente para formular acusación y debe pasar por la práctica de diligencias complementarias realizadas por éste (art. 789.3), cuanto más, cuando el que instruya sea el juez será éste el que decida sobre la suficiencia o no de la investigación y su decisión no se verá constreñida en modo alguno por la petición del MF. Postular la solución contraria puede admitirse de "lege ferenda", pero no puede mantenerse de "lege data".

#### 4. Utilizar los recursos que se estimen procedentes

El MF debe utilizar los recursos que estime procedentes durante la tramitación del proceso abreviado para salvaguardar la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley.

Durante la fase de diligencias previas el MF puede interponer los siguientes medios de impugnación contra las resoluciones interlocutorias que dicte el juez: reforma, queja y apelación.

La reforma es un medio de impugnación ordinario contra ciertas resoluciones de contenido procesal dictadas por un órgano jurisdiccional unipersonal y resueltas por él mismo. Según el art. 787.1 LECrim. la reforma podrá interponerse contra los autos del juez de instrucción que no estén exceptuados de recurso..

La Circular 1/1989 interpreta el tenor literal de la ley procesal respecto de las resoluciones recurribles en reforma y argumenta que también es aplicable a este procedimiento la doctrina general que admite como posible el recurso de reforma contra las providencias que, por no ser de mera tramitación u ordenación material del proceso, por su contenido debieran haber adoptado la forma de auto. Esa doctrina es congruente con la finalidad de la ley que lo único que pretende es que no se recurran las resoluciones que se limitan a ordenar el proceso pero sin contener decisiones que afecten a los derechos o posiciones de las partes en el proceso, mientras considera recurribles las que contengan una decisión del juez o tribunal que afecte, formal o sustancialmente a tales derechos<sup>79</sup>.

La principal peculiaridad de la regulación de la reforma en el proceso abreviado es que el MF, como el resto de las partes, ya no necesitará obligatoriamente interponer este remedio con anterioridad a la apelación. Si la resolución es apelable la reforma previa es meramente facultativa (art. 787.3 LECrim.). Con esta modificación la reforma pierde su misión preparatoria con lo que se acentúa su escasa utilidad práctica.

La queja es un recurso devolutivo ordinario que se interpone y resuelve por un órgano jurisdiccional de grado superior. A nuestros efectos el órgano competente será la Audiencia Provincial.

---

<sup>79</sup> Cit., pág. 1396.

Este recurso procede contra las resoluciones que denieguen la admisión de un recurso de apelación y contra las resoluciones no apelables del juez.

Dado que el recurso de apelación para las resoluciones que no sean sentencias se da en muy limitados supuestos en el proceso abreviado, la queja pasa a ser la verdadera regla general (art. 787.1). Debe agotarse previamente la reforma antes de pasar a la queja.

La apelación es el recurso ordinario por excelencia. Mediante él un órgano jurisdiccional de grado superior, en nuestro caso también será la Audiencia Provincial, puede juzgar y resolver de nuevo cuestiones fácticas y jurídicas ya resueltas.

La apelación, como ya hemos apuntado, debido a los limitados supuestos en que se admite contra resoluciones distintas de la sentencia, ha quedado reducida, durante la tramitación del proceso, a un recurso de carácter residual. Durante la fase de diligencias previas la única resolución judicial susceptible de ser recurrida en apelación es el auto de conclusión de las diligencias previas.

Según la Circular 1/1989<sup>80</sup> sorprende que tras la Constitución y el mandato del art. 120.2 sobre el carácter predominantemente oral del proceso criminal, se mantenga en la reforma el carácter de tramitación escrita que a este recurso daba la redacción de 1967, contra el criterio general de la LECrim. que prevé una vista oral

---

<sup>80</sup> Cit., pág. 1397.

para la discusión de estos recursos ante el órgano de apelación (art. 229 LECrim.). Sin embargo esta circunstancia es valorada muy positivamente por algunos autores. En efecto, en opinión de PORTERO<sup>81</sup> la supresión de la vista en la apelación significa un nuevo y considerable ahorro de tiempo y formalidades. Esta modificación, junto con las demás que aparecen en el art. 787 habrían sido establecidas en aras de la rapidez y celeridad propagandas por este procedimiento, sin que puedan derivar una disminución de las garantías penales<sup>82</sup>.

## 5. Referencia al proceso abreviadísimo

La doctrina discute sobre si lo creado por la LO 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, es un nuevo proceso penal que se denominaría abreviadísimo o se trata solamente de un conjunto de reglas especiales para una modalidad del juicio abreviado. Según la Exposición de Motivos de la citada ley, las reformas que se introducen ni son propiamente un nuevo procedimiento, ni suponen siquiera la creación de mecanismos

---

<sup>81</sup> PORTERO, L., (con otros), Comentarios..., cit., págs. 58 y 59.

<sup>82</sup> Para terminar esta exposición de la actuación del MF en las diligencias previas del proceso abreviado, que ha exigido el comentario del art. 781 LECrim. merece destacarse la opinión que el citado artículo suscita en ORTELLS RAMOS, M., en El Ministerio Fiscal en el procedimiento abreviado, ob. cit. En definitiva y según este autor, se trata de una difusa arenga a la diligencia del MF impropia de una norma jurídica. Y, además, muy probablemente inefectiva, porque los medios personales, materiales y de organización, distan de ser los óptimos, ni siquiera los adecuados, para posibilitar que esa diligencia sea real.



automáticos cuyo uso inevitable pueda acabar sobrecargando a los órganos jurisdiccionales; se trata de mecanismos de agilización cuya posible utilización se deja en manos del MF y del juez, de forma que se abra un margen de desarrollo de una política de la represión penal que pretenda reforzar la confianza en el derecho y la justicia<sup>83</sup>.

Al margen de esta discusión lo que es indudablemente cierto a la vista del art. 790.II LECrim. es que para acudir a este procedimiento es precisa la existencia de diligencias previas, que terminarán, dictándose el auto del art. 789.5.5ª.

El ámbito objetivo de este procedimiento es el del art. 779, con lo que por este juicio pueden imponerse penas de hasta doce años de prisión mayor.

Las circunstancias que permiten el denominado PAVE (proceso de alta velocidad española) y el órgano competente para pedir el pase a este procedimiento urgentísimo las establece el art. 790.1.III: "...el MF, en atención a las circunstancias de flagrancia o evidencia de los hechos, alarma social producida, detención del imputado o el aseguramiento de su puesta a disposición judicial, podrá presentar de inmediato, su escrito de acusación y solicitud de apertura del juicio oral, y simultánea citación para su celebración".

Con respecto al término evidencia merecen traerse a colación las

---

<sup>83</sup> Exposición de Motivos de la ley 10/1992, de 30 de abril, B.O.E nº108, pág. 15.062.

reflexiones de FAIREN<sup>84</sup> comentando el entonces Anteproyecto de la actual ley 10/1992. En palabras de este autor: "La expresión evidencia lleva ya algunos años dominando la escena del desgraciado castellano, con grave perjuicio de la expresión "prueba". (...)...pueden observarse diversas acepciones -españolas, llamémoslas así- de la «evidence» inglesa. Se la considera como idéntica a hechos notorios. Lo cual sólo en parte es cierto. El hecho en la evidencia es conocido a fondo por el que se interesa por el tema y sólo por él o ellos; en tanto que el hecho notorio es conocido de una pluralidad o comunidad de personas de cultura media.(...)

Precisa nos traslademos desde el ámbito del «common law» y de sus modelos probatorios, al genérico en el que entiendo se ha de enmarcar esa palabra evidencia utilizada en el art. 790.1, II, proyectado, y al que nos lleva de manera capciosa y fina la misma Exposición de Motivos al utilizar la discutida y discutible expresión en dos acepciones distintas.

En este ámbito de necesaria generalización -tanto como, p. ej., el de la flagrancia, que aparece al lado de la evidencia, vamos a ver que se equipara «a la luz»; la comparación es clásica en el estadio de las pruebas de mayor influencia a través de su apreciación. (...).

Véase que la expresión evidencia tiene ya un significado mucho más genérico; no es el de prueba en sí misma ..., sino, mejor, se

---

<sup>84</sup> FAIREN GUILLEN, V., La prueba en el Proyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, (procesal penal), de 30 de abril, de 1992, en RDP, 1992, págs. 202-205.

refiere a su efecto sobre el ánimo del juez, o sea a la formación de una convicción invencible, manifiesta y evidente. (...)

Si con la prueba el conocimiento que se adquiere es incompleto, y el investigador tiene conciencia de su imperfección se halla la situación de duda; pero si tal conocimiento es completo -o al menos al investigador le parece tal- se obtiene la certeza que es la negación de la duda. Y si la certeza va incrementada por la conciencia de ser absolutamente imposible lo contrario, entonces aparecería la evidencia".

De la alarma social producida se ha dicho que es un concepto de claro origen nazi, recibido en España en la Ley de Orden Público<sup>85</sup>. También, que puede ser un medio para desembarazarse de enemigos pues la propia indefinición de la expresión atenta, como todas o casi todas las cláusulas generales, contra la seguridad jurídica. Desde el siniestro "calumnia, que algo queda", al rumor insidioso esparcido por interesados; desde el manejo por asociaciones de para-delincuentes de noticias falsas o deformadas, hasta su aprovechamiento incluso por partidas de individuos con influencias<sup>86</sup>.

Respecto a la detención del imputado o el aseguramiento de su

---

<sup>85</sup> MONTERO AROCA, J., Incidencia en el sistema procesal de las normas promulgadas en 1992, Valencia, 1993, pág. 58.

<sup>86</sup> FAIREN GUILLEN, V., La prueba en el Proyecto de ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, (procesal penal), de 30 de abril de 1992, en RDP, 1992, pág. 211.

puesta a disposición judicial, obsérvese que en realidad no aporta nada en relación a la facilidad o dificultad para enjuiciar el hecho. Tendrá relevancia para la ejecución, pero no antes.

## **CAPITULO QUINTO**

**« EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR  
FISCAL, EN ESPECIAL LAS CONFORMIDADES »**

## I. INTRODUCCION

La posibilidad que la LO 7/1988 establece permitiendo al MF dirigir el procedimiento preliminar y que éste tenga, en ocasiones la eficacia propia de los actos de la instrucción previa, no tiene importancia sólo por sí misma. Es decir, al procedimiento preliminar fiscal anuda la ley unos determinados efectos que, si bien es cierto pueden alcanzarse tras las diligencias previas, no lo es menos que no será necesaria la realización de las mismas con fines indagatorios<sup>1</sup>, para conseguirlos.

Las consecuencias que la ley prevé tras el procedimiento preliminar fiscal se manifiestan en una doble vertiente que depende, a su vez, de una decisión judicial sobre la suficiencia o no del material acusatorio reunido en el curso de la investigación fiscal.

O bien considera el juez que las diligencias practicadas no son suficientes para formular acusación y procede él mismo u ordena a la policía judicial que practique las diligencias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento<sup>2</sup> (art. 789.3 LECrim.), o bien, cuando el juez

---

<sup>1</sup> Cuando el atestado o el procedimiento preliminar fiscal sean suficientes para formular acusación, las diligencias previas sólo se abrirán para realizar las actuaciones que prescribe el art. 789.4 y 5.

<sup>2</sup> Se trataría aquí de la práctica de diligencias previas por parte del juez de instrucción. La actuación del MF en el curso de estas diligencias ya ha sido estudiada en el capítulo precedente.

considere las diligencias practicadas como suficientes para formular esa acusación, abrirá igualmente esas diligencias previas pero ya sin finalidad indagatoria y para tomar finalmente una de las resoluciones a las que se refiere el art. 789.5 LECrim. Si el hecho es susceptible de ser enjuiciado por los trámites del proceso abreviado (art. 789.5.4ª) y no se da el reconocimiento de hechos de la regla 5ª, se procederá al traslado de las diligencias a las partes acusadoras para que en plazo común de cinco días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o excepcionalmente la práctica de diligencias complementarias (art. 790.1). Con este trámite se pasa de la fase instructora a la fase de preparación del juicio oral.

Llegados a este punto cabe una primera posibilidad, aunque con carácter excepcional, se trata de la petición y práctica de diligencias complementarias. Una vez practicadas o cuando no sean necesarias se abre una doble alternativa: el sobreseimiento de la causa o la apertura de juicio oral con la formulación del correspondiente escrito de acusación (art. 790.1)

### **1. Petición y práctica de diligencias complementarias**

El art. 790.2 LECrim. dice "Cuando el MF manifieste la imposibilidad de formular el escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, se podrá instar con carácter previo, la práctica de aquellas diligencias indispensables para formular acusación, accediendo el juez a lo

solicitado.

El juez acordará lo que estime procedente cuando tal solicitud sea formulada por la acusación o acusaciones personadas.

En todo caso, se citará para su práctica al MF, a las partes personadas y siempre al imputado, dándose luego nuevo traslado de las actuaciones".

En cuanto a la necesidad de estas diligencias de complementación y según VARELA CASTRO<sup>3</sup>, no obstante la vocación de celeridad del nuevo procedimiento, se abre en el art. 790.2 LECrim., una posibilidad de dilación no del todo justificada. En efecto, el cumplimiento de la obligación legal impuesta al MF de constituirse en las diligencias y solicitar su práctica (art. 781) y la necesidad de que la acusación esté personada para disponer ese traslado al que se refiere el 790.1, hace pensar que ambas partes han dispuesto ya de la posibilidad de instar diligencias. Sería prudente que antes de resolver el juez a los efectos del art. 789, oyese a las partes personadas sobre su eventual petición de diligencias de investigación.

En cuanto a la naturaleza de estas diligencias y pese a realizarse temporalmente en momento posterior al del procedimiento preliminar, lo cierto es que tienen sustantividad de actos de investigación. Se trata de diligencias complementarias de las

---

<sup>3</sup> VARELA CASTRO, L., Investigación y preparación del juicio oral, en "La reforma del proceso penal", Madrid, 1990, pág.159.



realizadas en la fase de instrucción, por lo que en modo alguno resultan asimilables al denominado incidente probatorio anticipado a la fase de juicio oral. El tenor de la ley y la finalidad de estas diligencias no deja lugar a dudas.

En cuanto a la vinculación del juez a la solicitud se observa una clara diferencia entre que el peticionario sea el MF o las partes acusadoras. En el primer caso parece haber una suerte de vinculación del juez a lo solicitado por la acusación pública, pues la ley dice que el juez responderá a su petición "accediendo...a lo solicitado". Mientras que en el segundo caso mantiene intactas sus posibilidades decisorias: "el juez acordará lo que estime procedente". Esta diferencia de tratamiento propicia una desigualdad entre las distintas partes acusadoras. La vinculación del juez a la petición de diligencias del fiscal es evidente a la vista de la ley. Esta diferencia de tratamiento podría justificarse solamente en la falta de medios personales de que adolece la institución fiscal, lo que puede llevar a su no constitución en el procedimiento desde el primer momento. Ello supondría "de facto" que la necesidad de práctica de estas diligencias fuera realmente imperiosa. Entendemos que no puede oponerse a esta vinculación el argumento de que las diligencias deben pedirse a los solos efectos de tipificar los hechos y que cuando se refieran a otros extremos (léanse circunstancias modificativas de la responsabilidad, grado de ejecución, modalidades de la participación, pretensión de reparación civil, etc.,) el juez deberá denegarlas.

En nuestra opinión, el juicio sobre la pertinencia o no de las diligencias debe hacerlo el juez sólo cuando las pidan el resto de partes acusadoras y no cuando lo haga el MF. De otro modo no existiría diferente regulación legal para unas y otras, ya que cuando el art. 790.2 dice "... el juez acordará lo que estime procedente..." refiriéndose a las diligencias solicitadas por partes acusadoras distintas del MF, no puede querer decir que el juez acordará lo que quiera arbitrariamente, sino que acordará su práctica cuando sean necesarias para la tipificación de los hechos y la consiguiente formulación de acusación y no la acordará en caso contrario.

Tan solo encontramos un supuesto en el que el juez podría no acceder a la práctica de diligencias. Si el fiscal haciendo uso de la facultad del art. 781 LECrim., insta la conclusión de la investigación es porque estima que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver el ejercicio de la acción penal y consideramos que en ese supuesto no puede luego volverse atrás y pedir diligencias complementarias.

Sin embargo esta desigualdad de la que hablamos es mucho más pronunciada entre la acusación y la defensa. En efecto, de uno u otro modo, las distintas partes acusadoras podrán solicitar y obtener estas diligencias, en cambio el texto legal no hace ninguna referencia en relación al acusado. La defensa podría necesitar de esas diligencias para fundamentar la falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos para así poder alegar en su escrito de defensa la inexistencia de los hechos típicos. La situación de

desigualdad viene a paliarse en el momento de la práctica de las diligencias, puesto que en ella es preceptiva la citación del imputado. Se trata de un correctivo, pero no de la situación óptima.

Respecto a este tema el TC ha tenido ocasión de pronunciarse en su sentencia 186/1990, de 15 de noviembre, que resolvía una cuestión de inconstitucionalidad. La cuestión se planteó en los siguientes términos. Según el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Collado-Villalba, el art. 790.1 de la LECrim., en la redacción dada por la LO 7/1988, de 28 de diciembre pudiera ser contradictorio con el 24 CE, ya que existe una absoluta falta de intervención del imputado en la llamada fase intermedia del procedimiento hasta el punto de que, de un lado le está vedado solicitar la práctica de diligencias instructoras, y, de otro, carece de la posibilidad de solicitar el archivo o sobreseimiento de las actuaciones, estando irremediabilmente abocado a soportar un juicio oral en cuya preparación no ha tenido intervención alguna.

El TC decidió desestimar la cuestión de inconstitucionalidad y en síntesis el motivo por el que se declara ajustado a la Constitución el precepto de la LECrim. puede expresarse así:

1º- El art. 790.1 LECrim. no puede considerarse un obstáculo a la intervención previa del imputado en el proceso. Dicho precepto no obliga o limita a que la intervención del imputado se produzca después de haberse decretado la apertura del juicio oral, sino que, antes al contrario presupone dicha intervención previa. En efecto, en la primera fase jurisdiccional del proceso abreviado la ley ordena

expresamente la intervención del imputado- en la obligada comparecencia e interrogatorio judicial y la autoriza que, en cuanto parte personada pueda tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga, acordando el juez lo procedente en orden a la práctica de estas diligencias. Es claro por tanto que en esta primera fase de instrucción el imputado, en primer lugar, ha de ser llamado a comparecer en la fase instructora y, en segundo, tiene abierta la posibilidad de formular en ella las alegaciones que estime oportunas para su defensa, así como la de pedir cuantas diligencias estime pertinentes, sin perjuicio, como es obvio, de la facultad del juez para decidir sobre la pertinencia y utilidad de lo alegado e interesado.

2º- La fase de preparación del juicio oral en el proceso abreviado no tiende, a diferencia de lo que ocurre en la misma fase del proceso común, a dar oportunidad a las partes para que completen el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva, dado que el inicio de la fase de preparación del juicio oral presupone necesariamente, la conclusión de la instrucción jurisdiccional sin posibilidad de revisión posterior. Al respecto el hecho de que el art. 790.1 LECrim., en el traslado conferido a las acusaciones, autorice a que por éstas se solicite el sobreseimiento de la causa, o excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, no desvirtúa la finalidad esencial de la fase de preparación, ni dicha previsión puede considerarse como constitucionalmente inválida. El ponente llega a

decir que "... el traslado de las diligencias al imputado (...) en orden a poder solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento o la práctica de diligencias, sería, no sólo contrario a la finalidad de la norma, sino que podría, en la práctica, revelarse como dilatorio y redundante dado que dichas pretensiones pueden y debe hacerse valer en la fase de instrucción inmediatamente anterior y antes de que el juez instructor acuerde la clausura de la instrucción mediante la adopción de algunas de las resoluciones previstas en el art, 789.5 LECrim."

Debe hacerse notar que el TC se aparta aquí de la doctrina sentada en la STC 66/1989 en la que interpretó el art. 627 LECrim. de forma integradora para dar oportunidad a los procesados, no sólo de solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento, sino de solicitar, en su caso, la práctica de nuevas diligencias distintas de las rechazadas, que pudieran ser pertinentes a los efectos de justificar dicho pronunciamiento por la irrelevancia penal de los hechos objeto del proceso. En esta sentencia se decía también que el reconocimiento del derecho a un proceso con todas las garantías implicaba que para evitar el desequilibrio entre partes, ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Esta exigencia que cobra, sin duda, singular relevancia en el juicio oral y en la actividad probatoria debía respetarse también en la denominada fase intermedia.

En nuestra opinión si la excepcional función de completar la instrucción mediante la petición y práctica de diligencias

complementarias se otorga a las partes acusadoras, debería asimismo concederse a las acusadas, de otro modo la "igualdad de armas" del art. 789.4 queda truncada, en esta fase intermedia, a favor de la posición acusadora.

Practicadas estas diligencias complementarias o cuando no sean necesarias, el MF adoptará una de estas dos soluciones: o pedir el sobreseimiento de la causa o solicitar la apertura del juicio oral.

## **2. Petición de sobreseimiento**

Si el MF decide pedir el sobreseimiento las situaciones posibles y sus consecuencias, a tenor del art. 790.2, 3 y 6 LECrim. serán:

- a) Sobreseimiento solicitado conjuntamente por el MF y el acusador particular. El juez lo acordará excepto en los supuestos de los números 1º, 3º, 7º y 10º, del art. 8º del CP (supuestos de exención de la responsabilidad criminal), en cuyo caso devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta dictar sentencia, para depurar las responsabilidades civiles.
- b) Sobreseimiento solicitado por el MF en solitario por no personarse en la causa acusador particular dispuesto a sostener la acusación. El juez lo acordará salvo que estime procedente la remisión de la causa al superior jerárquico del fiscal de la Audiencia respectiva para que éste resuelva si procede o no sostener la acusación.
- c) La tercera posibilidad se daría si el MF solicitara el sobreseimiento de la causa y la acusación particular el

enjuiciamiento. El juez acordará la apertura salvo que estime que concurre el supuesto del número 2 del art. 637 LECrim. o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los arts. 637 y 641 LECrim.

La regulación del sobreseimiento en el proceso abreviado y el papel que el MF desempeña en el mismo suscitan algunos comentarios.

En primer lugar la desigualdad entre partes acusadoras y acusadas se repite. Pero como hemos visto<sup>4</sup> la imposibilidad de que el imputado pueda pedir diligencias complementarias o el sobreseimiento de la causa, no es estimado inconstitucional por nuestro más alto Tribunal.

En el supuesto del apartado b) parece que la posibilidad contemplada en el proceso ordinario de que el juez realice el ofrecimiento de acciones a los perjudicados por el delito (art. 642 LECrim.) ha desaparecido<sup>5</sup>, quedándole sólo al juez el camino de

---

<sup>4</sup> Ver nota anterior.

<sup>5</sup> A favor, la Circular 1/1989, cit., pág. 1379: "podría plantearse la cuestión de si al juez de instrucción le es permitido en este procedimiento utilizar también la vía del art. 642 LECrim., que como norma general podría tener aplicación al procedimiento abreviado. Si la reforma hubiera guardado silencio total en el nuevo art. 790 sobre los mecanismos de discrepancia del juez con la petición de sobreseimiento del fiscal, tal planteamiento podría ser correcto. Pero es claro que al legislador no le pasó desapercibido el tema y que deliberadamente optó por elegir tan solo la vía del control interno, acudiendo al superior jerárquico, con lo cual tácitamente manifestó su voluntad de prescindir de la vía del control externo, a través de una llamada a la causa del acusador particular. «Inclusio unius est exclusio

acudir al superior jerárquico del fiscal, con el fin de que resuelva si procede o no formular acusación. Si el superior contesta negativamente el instructor deberá sobreseer.

En la Circular 1/1989 se dan instrucciones a los fiscales sobre el modo de proceder en los supuestos de los apartados a) y c), basadas en razones de economía procesal.

Cuando el sobreseimiento pedido por el MF se funde en los números 1º, 3º, 7º ó 10º del art. 8º CP, el fiscal vendrá obligado a anticipar la decisión del juez, acompañando a su petición de sobreseimiento una calificación acorde con tal petición y en que se interesen la adopción de medidas de seguridad y se fijen y soliciten las responsabilidades civiles que procedan. Ello sin esperar a que el juez devuelva las actuaciones para calificación en un trámite previsible y retardatario que la función de simplificación del procedimiento, impuesta al fiscal en el art. 781 le obliga a evitar.

Asimismo cuando exista acusación particular personada en autos, siendo previsible que formule acusación, y el fiscal estime procedente el sobreseimiento, al pedirlo así hará constar que renuncia a formular, en su caso, escrito de acusación, evitando con

---

alterius»: la opción expresa del legislador elimina la posibilidad de aplicar otras alternativas.

En contra, ANDRES IBÁÑEZ, P., (con otros) en La reforma del proceso penal, ob. cit., pág. 161: "discutible parece, por otro lado, el criterio de la Fiscalía General del Estado al entender que esta regulación (art. 790.4) deroga la del art. 642 (...). Cualquiera que sea la ampliación de posibilidades procesales abiertas a la víctima en el nuevo proceso, ésta refuerza su derecho a la tutela judicial sin que la falta de prohibición expresa justifique su cercenamiento".



ello el innecesario trámite previsto en el párrafo 2º del punto 6 del art. 790. Esa renuncia a formular escrito de acusación no quiere decir que el fiscal deje de ser parte en el procedimiento, sino tan solo que estima fundada su petición de sobreseimiento, por lo que renuncia provisionalmente a acusar al imputado, reservándose el adoptar una posición definitiva tras la celebración de la prueba en el juicio oral y una vez valorada ésta, exponiendo oralmente, en el trámite correspondiente del juicio, cuanto estime procedente sobre la estimación de la prueba y la valoración de los hechos.

Por último una cuestión interesante surge al contemplar la posibilidad de que pese a la acusación y consiguiente petición de apertura de juicio oral por el MF y/o la acusación particular, el juez puede acordar de oficio el sobreseimiento en dos supuestos concretos: si el hecho no es constitutivo de delito (art. 637 nº2); o si no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado (art. 641 nº2). El sobreseimiento se dictará por cualquiera de las causas de los artículos 637 y 641 LECrim.

En el proceso ordinario si se presenta querellante particular a sostener la acción, o cuando el MF opine que procede la apertura del juicio oral, podrá el Tribunal, esto no obstante, acordar el sobreseimiento a que se refiere el art. 637.2 si lo estima procedente, pero deberá acordar la apertura de juicio oral en cualquier otro caso (art. 645 LECrim.).

Vemos, pues, que las posibilidades de no acordar el juicio oral y decretar el sobreseimiento de oficio son mucho más amplias en el

proceso abreviado que en el ordinario. Así parece al menos en una primera aproximación.

Sin embargo la razón de ser de la disposición contenida en el art. 790.6 es, como apunta ORTELLS<sup>6</sup>, la siguiente. En el proceso ordinario las potestades del órgano jurisdiccional para negar, de oficio, la apertura del juicio oral, son en realidad más amplias de lo que revela el art. 645. Basta con negar el procesamiento de una persona, para que no pueda dirigirse acusación frente a ella. Con lo cual el control jurisdiccional de la fundabilidad de la acusación ya no se limita a enjuiciar la tipicidad de los hechos afirmados por los acusadores, sino que alcanza a valorar la probabilidad de esos hechos en su existencia objetiva, la probabilidad de la participación en los mismos de aquél a quien se quiere acusar, y, respecto a esa atribución subjetiva y sus consecuencias, a verificar que la responsabilidad penal no resulte evidentemente excluida.

Suprimido en el proceso abreviado el auto de procesamiento, mantener la limitación del sobreseimiento de oficio en los términos del art. 645, hubiera supuesto dejar reducido a su mínima expresión el alcance del control jurisdiccional de la fundabilidad de la acusación. Hubiera bastado -dejando ahora a un lado lo que deriva del art. 789.5. 2ª y 3ª-con que el hecho fuera típico y hubiera una persona indicada como partícipe en su comisión, para que debiera

---

<sup>6</sup> ORTELLS RAMOS, M., Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral), RGD julio-agosto 1993, págs. 7212-7213.

abrirse juicio contra ella.

El art. 790.6 tiene como objeto evitar esto e instaurar un control jurisdiccional de la fundabilidad de la acusación tan amplio como permite la apreciación de todas las causas de sobreseimiento.

No opina, sin embargo, lo mismo PORTERO<sup>7</sup>. Según este autor resulta anómalo que en una tramitación abreviada y en la que los titulares del ejercicio de la acción penal centran la acusación, fijando el objeto procesal, para dar paso a un desarrollo ulterior más completo del debate procesal contradictorio ante órgano distinto llamado a juzgar, pueda el juez de instrucción, a modo de filtro, negar valor a un escrito de acusación no formulado caprichosamente y desconocer indicios racionales de criminalidad, cuando toda acusación y, en especial, la pública, basada en criterios de legalidad e imparcialidad, se sustenta, más allá de meros indicios, en una probabilidad de condena por existir elementos aptos para pretender destruir la presunción de inocencia en base al principio de culpabilidad. Le parece, por tanto, a este autor, desafortunada la expresión de "inexistencia de indicios racionales de criminalidad" apreciada por el juez de instrucción, no llamado ciertamente a juzgar pero que apenas dispone de material a valorar en la abreviada preparación realizada del juicio y con poder para desconocer, a su vez, el valor de un escrito acusatorio por no adaptarse a unos hipotéticos indicios de criminalidad.

---

<sup>7</sup> PORTERO, L., (con otros), Comentarios..., ob. cit., pág. 74.

La Circular 1/1989<sup>8</sup> al pronunciarse sobre el tema clarifica algunos extremos sobre la actuación del fiscal cuando acusa y los criterios que la rigen. Según la citada Circular "...que el juez deniegue el someter a la situación estigmatizadora del juicio oral a una persona acusada de un hecho que claramente no es constitutivo de delito, no es más que la aplicación de la pura legalidad; y denegar igual sumisión a juicio de una persona contra la que no hay elementos que acrediten su participación en los hechos y cuya irresponsabilidad es clara, también es una garantía elemental en un Estado de Derecho. Y cierto es que los principios de legalidad e imparcialidad aseguran la objetividad del fiscal, pero lo que no aseguran es su infalibilidad. Por ello, y al igual que para corregir los posibles errores del juez, también objetivo e imparcial, se arbitra en la ley un sistema de recursos, aquélla debe prever un mecanismo que remedie los posibles errores del fiscal al evaluar los elementos de que dispone para ejercer la acusación".

### **3. Petición de apertura del juicio oral y formulación de la acusación**

La decisión de abrir el juicio oral, exige necesariamente la previa solicitud de apertura por alguna de las partes acusadoras, solicitud ésta, que si bien constituye un acto distinto del de la formulación de la acusación, ha de hacerse en el mismo escrito de acusación (art.

---

<sup>8</sup> Cit., pág. 1381.

790.1 y 5 LECrim)<sup>9</sup>.

Como dice ARMENTA DEU<sup>10</sup> la función del MF de formular escrito de acusación solicitando la apertura del juicio oral evidencia una doble característica fundamental. De una parte, una de las básicas del principio acusatorio, la necesidad de que para la apertura del proceso sea imprescindible el ejercicio de una acción. De otra, una de las funciones del fiscal, quien cumple así uno de los cometidos más significativos de su actividad en el proceso penal.

El escrito de acusación debe redactarse conforme a los arts. 650 y 790.5 LECrim., por lo tanto comprenderá los siguientes extremos:

1- La solicitud de apertura del juicio oral y la determinación del órgano que se estime competente

2- Los hechos punibles que resulten del procedimiento preliminar, entendiendo por tales tanto los constitutivos de delito como los constitutivos de falta. Las faltas podrán ser imputables tanto al acusado del delito como a otras personas, siempre que la comisión de la falta o su prueba estuviere relacionada con el delito.

3- La calificación legal de los hechos determinando el delito y/o falta que constituyan

4- La participación que en ellos haya tenido el imputado o imputados

---

<sup>9</sup> STC 186/90, cit., FJ nº4.

<sup>10</sup> ARMENTA DEU, T., Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, Barcelona, 1991, págs. 165-166.

5- Los hechos que resulten del procedimiento preliminar y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal

6- Las penas en que hayan incurrido el imputado o imputados, por razón de su respectiva participación en el delito y/o falta

7- La cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios causados por el delito y/o falta

8- La persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad

9- Los pronunciamientos sobre entrega y destino de cosas y efectos

10- Pronunciamiento sobre costas procesales

11- Proposición de pruebas de que intenten valerse en el juicio oral, expresando si la reclamación de documentos o las citaciones de peritos y testigos deben realizarse por medio de la oficina judicial

12- Petición de práctica anticipada de pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral

13- La adopción, modificación o suspensión de las medidas provisionales a que se refiere el art. 785 LECrim., o cualesquiera otras que resulten procedentes o se hubieran adoptado y la cancelación de las tomadas en contra de personas contra las que no se dirija acusación.

El contenido del escrito de acusación ha sido explicitado, en algunos de sus puntos por la Circular 1/1989 y por la doctrina.

Pasamos a examinar los que consideramos relevantes desde el punto de vista de la actuación del fiscal.

La determinación del órgano judicial que ha de conocer y fallar es meramente indicativa ya que no vincula al juez de instrucción que es quien determina en su auto de apertura del juicio oral el órgano competente para tales actividades procesales. La regulación legal de la competencia da lugar a la anómala situación de que el MF tenga que intervenir en un tipo de proceso que, a su entender, no sea el adecuado, sin posibilidad de recurso, según el art. 790.7. La ley sólo prevé en su art. 782. 3ª, que si la competencia fuera de la Audiencia, ésta se limitará a ordenar al juez de instrucción o de lo penal, oído el MF y las partes personadas, que remita las actuaciones y se abstenga de conocer, por lo que ha de entenderse que queda a salvo la posibilidad de que el fiscal acuda en atento escrito no impugnatorio a la Audiencia, siendo oído de esta forma, para que se produzca la orden de remisión de actuaciones si se considerase legalmente procedente<sup>11</sup>.

En lo relativo a la cuantía de la responsabilidad civil es posible señalar únicamente las bases para su determinación, cosa que no sucede en el proceso ordinario en el que tiene que concretarse la cantidad.

En cuanto a la proposición de prueba dice la Circular 1/1989<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> PORTERO, L., (con otros), Comentarios..., ob. cit., pág. 71.

<sup>12</sup> Cit., pág. 1382.

que deberá proponerse prueba concreta y lo más precisa y completa posible absteniéndose de proponer como documental diligencias de la instrucción que no tengan tal naturaleza, por el sólo hecho de estar recogidas por escrito. La Circular se refiere evidentemente a que no se haga un uso abusivo de la norma prevenida en el art. 730 LECrim, aplicable al abreviado en virtud del art. 780.

Y continúa diciendo la Circular que la prueba válida es la practicada y ratificada en el acto del juicio oral debiéndose desterrar la práctica del "por reproducidas".

La proposición de prueba puede comprender la práctica de prueba anticipada, pero sólo en el supuesto de que las diligencias no puedan realizarse durante las sesiones del juicio oral. La suspensión del juicio no da lugar en el proceso abreviado a la práctica anticipada de prueba, cosa que sí sucede en el proceso ordinario (art. 657 LECrim.).

Dos cuestiones deben remarcarse con respecto al escrito de acusación del MF. Primera, que debe expresar todas las circunstancias que puedan favorecer a los acusados ya que es defensor de la legalidad (arts. 2 y 781 LECrim. y 3.4 EOMF)<sup>13</sup>. Y segunda, que en su misión genérica de velar por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito debe interponer la pretensión civil.

---

<sup>13</sup> Téngase en cuenta, sin embargo, que el material acusatorio será siempre superior, al menos cualitativamente, puesto que el MF en la alternativa apertura del juicio oral-sobreseimiento, se ha decidido por lo primero.



El juez, siempre que por lo menos alguna de las partes acusadoras haya pedido apertura del juicio oral, debe decretarla, excepto si concurren los supuestos del sobreseimiento libre o provisional (arts. 637 y 641 LECrim.) en cuyo caso podrá dictarlo de oficio.

El auto acordando el sobreseimiento de oficio por el juez es susceptible de recurso de apelación ante la AP (art.790.6)<sup>14</sup>, mientras que contra el auto de apertura de juicio oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal del acusado, pudiendo el interesado reproducir ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas (art. 790.7).

Cuando se siguen los trámites del procedimiento abreviadísimo los plazos en la fase de preparación del juicio oral se reducen sustancialmente. En efecto, el traslado de las actuaciones del juez a las partes acusadoras se produce inmediatamente, incluso en el propio servicio de guardia del juzgado de instrucción. Y la presentación del escrito de acusación podrá realizarse de inmediato por el MF, pidiendo en el mismo la inmediata apertura del juicio oral con simultánea citación para su celebración (art. 790.1 II y III).

Una vez abierta la fase de preparación del juicio oral el desarrollo

---

<sup>14</sup> La Circular 1/1989 al hablar de los recursos durante la tramitación del proceso abreviado distingue entre el auto acordando el sobreseimiento de oficio por el juez (art. 790.6 I) y el auto denegando la apertura de juicio oral (art. 790.7 II). A pesar de la diferenciación se trata de una misma resolución ya que el único modo de denegar la apertura del juicio oral que tiene el juez se efectúa acordando el sobreseimiento de oficio.

lógico del procedimiento sería en síntesis el siguiente: alternativa entre sobreseimiento-enjuiciamiento y en el segundo caso, apertura del juicio oral, admisión o denegación de pruebas, audiencia saneadora, lectura de los escritos de acusación y defensa, práctica de la prueba, calificaciones definitivas, informes y sentencia. Sin embargo la misma ley prevé determinados supuestos en los que, o bien se pasa directamente de la fase de instrucción a la del juicio oral con la posibilidad de dictar sentencia en el acto (art. 789.5.5ª), o bien la defensa manifiesta su conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad en la fase de preparación del juicio oral, con lo que no será necesario celebrarlo (art. 791.3), o bien, una vez abierta la sesión del juicio oral, pero antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, piden al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presente en ese acto (art. 793.3).

La posibilidad de que el juicio oral no llegue a celebrarse o bien se trunque, existiendo unos hechos constitutivos de delito y una persona que aparece como presunta autora del mismo, es expresión del que la doctrina llama principio de oportunidad y que ha venido considerándose tradicionalmente antagónico al de legalidad. Según la CE y el EOMF este principio de legalidad debe regir la actuación del MF en nuestro país. Por ello consideramos que antes de examinar los distintos supuestos de conformidad introducidos por la

LO 7/1988 y posteriormente modificados en parte por la introducción del PAVE mediante ley 10/1992 y de analizar el papel que en ellos juega el MF, conviene esbozar un esquema en el que queden lo más definidos posibles los contornos de uno y otro principio y sus consecuencias en el sistema procesal penal.

## II. PRINCIPIOS PROCESALES PENALES Y SUS CONSECUENCIAS

### 1. Necesidad - Oficialidad - Legalidad<sup>15</sup>

El principio de necesidad procesal informador del proceso penal español tiene, no obstante, un encuadre no exento de dificultades en nuestra Constitución.

La primera de las notas que lo componen, la relativa a que la pena sólo puede ser impuesta por los tribunales mediante el proceso puede hallarse en los arts. 24, 25, 53.2 y 106.1 CE. La segunda consiste en la necesidad de poner en marcha el proceso penal cuando aparezca un hecho presuntamente delictivo y posteriormente, si subsisten los indicios de haberse cometido un delito, debe formularse la acusación conforme al principio de legalidad, para lo que precisamente se ha creado la figura del Ministerio Público. Esta segunda nota todavía es de más difícil incardinación en la CE. El art. 124 sujeta al MF al principio de legalidad en su actuación, pero ¿dónde se dice que todos los delitos deben originar un proceso?

No hay más remedio que acudir a preceptos más generales (art. 9 en varias de sus disposiciones: sujeción de los poderes públicos al

---

<sup>15</sup> En la redacción de este epígrafe y, más concretamente, en lo relativo a los principios de necesidad y de oficialidad hemos seguido a MONTERO AROCA, J. en La garantía procesal penal y el principio acusatorio, ponencia presentada al seminario sobre "Justicia y sociedad", celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, los días 6, 7 y 8 de septiembre. Y, también del mismo autor, Derecho Jurisdiccional I. Parte general, ob. cit., lección 20.

ordenamiento jurídico, principio de legalidad y de seguridad jurídica; al art. 10 y a la interpretación de la CE conforme a los tratados internacionales de derechos humanos, etc. Especialmente habrá de tenerse en cuenta que una Constitución que pretende consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley, no puede desconocer principios fundamentales garantizadores de ese modelo de Estado.

El principio de necesidad presupone que lo predominante en el proceso penal es el interés de la colectividad y como consecuencia de ello y a su vez de las dos notas fundamentales configuradoras del principio desde un punto de vista procesal se concluye que:

- Si los particulares no son titulares de relación jurídica material penal alguna<sup>16</sup>, no pueden tener la disposición en la aplicación del proceso penal, lo que supone que no puede abandonarse en sus manos ni la incoación ni la terminación del proceso.

- Convertido el MF en parte, no tiene por eso atribuido el "ius puniendi", de modo que tampoco él es titular de la inexistente relación jurídico material penal, estando obligado a ejercitar, o en su caso, abandonar la acción penal cuando concurran los presupuestos previstos en la ley para ello (arts. 124.2 CE y 6 EOMF).

La oficialidad, principio consecuencia del más general de

---

<sup>16</sup> La relación jurídico penal cuyos titulares serían el autor y su víctima, en realidad no existe. La víctima no tiene derecho a la imposición de una pena y el delincuente no le debe a ésta el cumplimiento de la condena.

necesidad, supone para el MF lo siguiente:

- Deberá pedir la iniciación proceso cuando concurran los presupuestos de hecho que la ley determine
- Objeto del proceso será el hecho que se considere delito o falta y el MF no tendrá posibilidad de disposición sobre el mismo
- La calificación jurídica que del hecho efectúe el MF no puede obligar al Tribunal a ser congruente con ella
- El MF no puede poner fin al proceso mediante sistemas que impliquen disposición del objeto del proceso.

Atribuido al MF el ejercicio de la acción penal como modo de asegurar la persecución de los delitos, es necesario el sometimiento de su actuación al principio de legalidad como medio de control de ese ejercicio.

En los sistemas procesales en que el MF ejercita la acción penal en régimen de monopolio resulta evidente que al ciudadano no le queda otro medio de control de tal ejercicio que la sujeción del MF a la legalidad; la discrecionalidad supondría la existencia de un campo de acción fuera del control tanto público como privado, la imposibilidad, en definitiva de revisión posterior de la actividad efectuada. Eliminada la acción popular en los países fuera de la órbita anglosajona, cada excepción a la estricta sujeción al principio de legalidad en la actividad fiscal, a la vez que puede servir mejor a los intereses estatales de control de la política criminal - delimitando penal y procesalmente qué se debe perseguir y qué no-

reduce la garantía de los particulares<sup>17</sup>.

De cualquier forma, también en los sistemas en que existe acción popular es necesario que el principio de legalidad rija la actuación del acusador público, ya que la persecución ciudadana de los delitos no garantiza las fisuras que pudiera haber en el ejercicio de la acción penal por parte del fiscal, debido a la existencia de dificultades en el ejercicio de la acción popular como falta de interés, carencia de medios económicos, etc....

## 2. Necesidad - Oficialidad - ¿Oportunidad?

El entendimiento del principio de legalidad en el orden penal y con referencia a la actuación del MF es objeto, en la actualidad, de interpretaciones contradictorias. Sin entrar ahora en su ponderación, cuestión que reservamos para después del estudio de los supuestos de conformidad, sí nos parece oportuno exponer las distintas interpretaciones que de ese principio hacen dos vocales del CGPJ, a la sazón Catedráticos de Derecho Penal y Procesal. Veremos que es importante partir de un concepto claro de principio de legalidad. Según el concepto de que se parta y los términos en los que se entienda el art. 25.1 CE, que es la formulación que nuestra Norma Suprema hace del principio que nos ocupa, la oportunidad podrá tener cabida o no en el proceso penal.

---

<sup>17</sup> ARMENTA DEU, T., Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad..., ob. cit., págs. 186-187.

Según VIVES ANTON el principio de legalidad, concebido retributivamente, coloca al Estado en la necesidad de reaccionar ante los delitos con la pena adecuada a la culpabilidad del autor, por más que pueda ser inútil o contraproducente.

Pero la formulación constitucional de ese principio, contenida en el art. 25.1 CE, no expresa tal cosa. No configura el principio de legalidad como un deber de castigar, sino como un límite del "ius puniendi" del Estado. De ahí la formulación negativa ("Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento") a la que no acompaña la positiva (Todos los que cometan delito, falta o infracción administrativa han de ser sancionados con la pena correspondiente).

El principio de legalidad, formulado negativamente y desde la perspectiva del imputado condenado, es un derecho fundamental que no se quebranta porque, allí donde la pena adecuada a la culpabilidad no cumple sus fines, pueda ser sustituida por otras más leves, o por medidas, o simplemente pueda renunciarse a ella.

El principio de necesidad de ejercicio de la acción penal para el MF, actualmente proclamado en el art. 105 LECrim., debiera paliarse de forma que, sin merma del principio de legalidad proclamado en la CE, pudiera evitarse el juicio en las infracciones menores, cuando ha desaparecido el interés social en el castigo, o el presunto culpable ha sufrido ya una "poena naturalis", u otro tipo



de circunstancias o compensaciones hacen innecesario el recurso al Derecho criminal, siempre, desde luego, con la posibilidad de ulterior control judicial<sup>18</sup>.

Según el mismo autor, la oportunidad es un principio que concreta exigencias de justicia y quienes lo rechazan parten de una confusión, a saber: la que consiste en identificar lo que los procesalistas llaman principio de legalidad (el carácter necesario del ejercicio de la acción para el MF) con el principio constitucional de legalidad. Pero lo cierto es que -tanto en España como en Alemania- la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal es un principio legal y no se halla proclamado en ninguna norma de la Constitución.

El fundamento de ese principio meramente legal (y que, por consiguiente, la ley puede cambiar) se halla, en la concepción retributiva de la pena. Abandonada ésta, el principio ha perdido su base teórica<sup>19</sup>.

La otra interpretación del principio de legalidad penal viene de la mano de DE LA OLIVA. En su opinión, no es minucia ni insignificancia, matizar, que el principio de legalidad, consagrado en el art. 25.1 CE, aunque no formula el "ius puniendi" como deber

---

<sup>18</sup> VIVES ANTON, T., consideraciones extraídas del Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Código Penal, de 1992. El autor redactó la Ponencia, algunas de cuyas conclusiones, entre las que se encuentran las plasmadas en el texto, se asumieron por el Informe.

<sup>19</sup> VIVES ANTON, T., Comentarios a la ley de Medidas Urgentes de reforma procesal. II La reforma del proceso penal, págs. 295-296.

del Estado de castigar, sí presupone ese deber del Estado, si bien, claro es, no respecto de cualesquiera conductas de alguna manera reprochables. Y por otra parte, el principio de legalidad no sólo es límite del "ius puniendi", sino que pertenece también al fundamento de ese derecho.

En cuanto a las consecuencias de la proyección del principio de legalidad penal sobre el proceso, formula que el principio de necesidad referido al ejercicio de la acción penal es insoslayable consecuencia o expresión parcial de la exigencia constitucional (art. 124.2 de la CE) de que el MF actúe con sujeción al principio de legalidad. No cabe dentro de nuestro marco constitucional atribuir al MF, en virtud de un juicio de oportunidad, la facultad de dejar de acusar o dejar de calificar la conducta aparentemente punible según los criterios legales.

El reto de no castigar -o de castigar más levemente- lo que, ante el caso real, parece, por causas y motivos plausibles, que no merece sanción o la merece menor, es, a mi juicio, un desafío de perfeccionamiento del propio Derecho penal sustantivo, en cuanto a la tipificación misma, a la definición de circunstancias modificativas de la responsabilidad y de eximentes o excusas absolutorias, etc., así como del sistemas de penas y sanciones y medidas sustitutorias. Lo que considera inadmisibile este autor, según la idea que defiende de principio de legalidad, es que, estableciendo la ley penal -emanada del Parlamento- una pena, que, en principio hay que considerar adecuada a la culpabilidad, pueda,

esa pena, ser sustituida por otras más leves, o por medidas, o simplemente pueda renunciarse a ella, todo ello sin más apoyo que una genérica autorización legal al MF o/y al Juez.

Al parecer de DE LA OLIVA, el principio de legalidad supone, como informador del Derecho Penal, que el juicio sobre el interés social en el castigo o acerca del carácter necesario o innecesario del recurso al Derecho criminal viene dado por las propias normas legales y se concreta en los distintos casos mediante la subsunción de las conductas concretas en esas normas sustantivas penales, con todos sus elementos<sup>20</sup>.

Para terminar este segundo epígrafe dedicado a los principios, haremos una recopilación de las ventajas, por un lado, y de las desventajas por otro, que la oportunidad y su consecuencia la conformidad<sup>21</sup> suponen para el ordenamiento procesal penal que las adopte.

Como ventajas más sobresalientes encontramos:

---

<sup>20</sup> DE LA OLIVA, S., Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal, RGD, núms. 577-578, 1992, págs.9879-9882.

<sup>21</sup> Debe quedar claro, sin embargo, que desde nuestro punto de vista, la conformidad no es consecuencia necesaria de la adopción de un criterio de oportunidad. Y además, que la conformidad puede ser no consensuada. Es decir cabe oportunidad sin conformidad y conformidad sin oportunidad. Ejemplo de lo primero sería un sistema en el que rigiera el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, pero una vez formulada acusación ésta debiera adecuarse a los parámetros legales. Ejemplo de lo segundo encontramos en las conformidades reguladas en la LECrim. con anterioridad a la LO 7/1988, estas conformidades habrían de formularse con absoluto respeto al principio de legalidad.

1- Sustitución de la idea de retribución, como fin de la pena, por un concepto racional de prevención

2- Evitación de los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad de corta duración

3- Pronta reparación a la víctima

4- Desde el punto de vista de los profesionales del derecho (abogados, MF, jueces), una enorme disminución de las exigencias técnicas y de la complejidad del trabajo

5- Desde el punto de vista del Estado, supone un considerable ahorro, ya que se logra un rendimiento superior de los tribunales, sin que sea necesario aumentar los medios personales y/o materiales

6- En conclusión se conseguiría mayor eficacia del proceso penal ya que mediante la aceleración de la justicia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas sería una realidad.

En punto a las desventajas se perfilan las siguientes:

1- Quiebra del principio de legalidad entendido en el sentido tradicional de que todo el que cometa una acción u omisión que al tiempo de cometerse esté tipificada como delito o falta debe ser castigado por ello con la pena que en la ley se establezca

2- Como consecuencia de la quiebra del principio de legalidad, quiebra también el de igualdad en la aplicación de la ley, ya que acciones u omisiones iguales podrían tener consecuencias penales diversas

3- Habría también una lesión importante al contenido material de las garantías procesales: principios de oralidad, de inmediación y de

publicidad, la presunción de inocencia y el derecho del acusado a estar presente en el proceso

4- Por último se vulneraría el principio consustancial al proceso penal de búsqueda de la verdad material y de esclarecimiento de los hechos.

El adoptar el principio de oportunidad en un sistema procesal como el español regido claramente por el principio de legalidad (art. 124.2 CE, 435 LOPJ, 3 y 4 EOMF y 100, 105 y 271 LECrim) supondría según algunos autores sólo un cambio en la legalidad ordinaria, mientras que para otros sería necesario una modificación del marco jurídico constitucional.

Como ejemplo de la primera orientación está RUIZ VADILLO: "Parece, por consiguiente, importante reafirmar el principio de legalidad como contrapuesto a arbitrariedad, expresión distinta de la de oportunidad en sentido más estricto y limitado, si ésta viene establecida por la ley y está sujeta a determinadas o pautas de comportamiento, porque entonces la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa"<sup>22</sup>.

Como exponente de la segunda encontramos a CABAÑAS: "Tan determinantes son las implicaciones causadas por la introducción del principio de oportunidad, que entendemos que ésta no puede ser proyectada basándose exclusivamente en un ajuste del marco de

---

<sup>22</sup> RUIZ VADILLO, E., La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal, Poder Judicial, 1987, nº especial II, pág. 68 (el subrayado es nuestro).

Derecho positivo, sino que involucra también la evaluación misma del significado institucional de la figura del acusador público. Se requeriría, ante todo, promover una reordenación de los objetivos confiados al MF, a partir de la Constitución como norma suprema del ordenamiento; así como de la propia tradición jurídica nacional, amoldados desde siempre al seguimiento estricto del principio de obligatoriedad de la acción penal procedente. Solamente después de asegurada una especie de consenso favorable de al menos todos los sectores representativos de la comunidad forense, cuando no del conjunto de la ciudadanía, acerca de las ventajas y los costos (no precisamente económicos) que este «golpe de timón» traería para el sistema de justicia punitiva, es que se estaría en capacidad de hablar de una posible incorporación del principio de oportunidad en España"<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup>CABAÑAS GARCIA, J.C., El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada, RDP, 1991, n°2, págs.270-271 (el subrayado es nuestro).

### **III. LAS CONFORMIDADES EN LA LEY ORGANICA 7/1988, de 28 de diciembre y en la LEY 10/1992, de 30 de abril**

#### **1. Con carácter previo: la vigencia de las conformidades del proceso ordinario.**

Antes de abordar los regímenes de conformidad establecidos por el legislador para el procedimiento abreviado conviene aclarar una cuestión, la de cuál es el valor que en la actualidad tienen los preceptos reguladores de la conformidad en el proceso ordinario (arts. 655 y 688 a 698 LECrim.): ¿han dejado de ser aplicables en el proceso para el que nacieron pese a su no derogación formal?, ¿se han convertido en normas de aplicación subsidiaria para el abreviado ? o ¿quizás las dos cosas?...

Para la mayoría de autores siempre habrá de seguirse hoy el procedimiento abreviado en los casos en que la conformidad sea posible a tenor de los preceptos de 1882.

En un primer momento la claridad de esta afirmación resulta meridiana. Efectivamente el proceso abreviado se aplica al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a la de prisión mayor (art. 778) y la conformidad, en el proceso ordinario, es posible cuando la pena más grave de las solicitadas por la acusación no exceda de prisión menor (pena correccional, en la superada terminología legal). Como en la actualidad el proceso ordinario es aplicable para el enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad de reclusión

menor a reclusión mayor, parece evidente que no podrá darse conformidad en este proceso puesto que el límite máximo permitido para ella (prisión menor) queda hoy fuera del ámbito del proceso ordinario. Así los ya citados preceptos de 1882, pese a no estar formalmente derogados, no podrían aplicarse en el proceso ordinario y en el abreviado su aplicación sería supletoria a tenor de lo dispuesto en el art. 780 LECrim.

Como decíamos, en este sentido se manifiestan una gran parte de autores. GIMENO SENDRA<sup>24</sup> opina que en el momento actual la regulación legal de la conformidad de 1882, carece de relevancia práctica, por cuanto la LO 7/1988 ha establecido una nueva normativa de dicha institución, que si bien es cierto formalmente no ha derogado la de la conformidad del proceso común, tampoco lo es menos que, extendiendo los Juzgados de lo Penal su competencia objetiva hasta los seis años y siendo el procedimiento abreviado el adecuado para el enjuiciamiento de delitos castigados con penas de hasta 12 años, se ha provocado la caída en desuso de las referidas normas del procedimiento común (cuyo ámbito se ciñe a delitos con penas superiores a los doce años) permaneciendo su eficacia limitada al mero valor de derecho supletorio. Para CABAÑAS GARCIA<sup>25</sup>, la realidad criminológica convertirá al proceso de la LO 7/1988 en

---

<sup>24</sup> GIMENO SENDRA, V., La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988), en La Ley, 1990, nº3, pág. 977.

<sup>25</sup> CABAÑAS GARCIA, J.C., El proceso penal español ante una perspectiva..., ob. cit., pág. 239.



el más utilizado y ello conlleva la siguiente consecuencia: si bien las disposiciones derogatorias de la LO 7/1988 no se refieren a los artículos de la LECrim. relativos a la conformidad, no puede hablarse ya propiamente de una regulación especial (la de la LO 7/88) que se haya de atener a las pautas del proceso común u ordinario (arts. 655 y ss.), en todo momento indicativo y en vigor. Realmente habremos de referirnos a una única normativa (la instaurada por la LO 7/1988), complementada, en todo aquello que no se oponga a su espíritu y finalidad, por los arts. de la LECrim. relativos a la conformidad. En otras palabras: las disposiciones de los arts. 655 y ss., que no tienen sentido ni funcionalidad fuera del espectro del procedimiento "refundado" de 1988, no se imponen, sino que se subsumen en éste; acoplándose a su propia dinámica, y en la medida que sirvan a idénticos fines (caso, por ej., de la regulación dada al tratamiento de la responsabilidad civil "ex delicto", de que adolece la LO 7/88).

A pesar de la bondad de las argumentaciones expuestas debe hacerse notar que existen determinados supuestos en los que los preceptos reguladores de la conformidad de 1882 sí podrán aplicarse en el proceso ordinario. Si la pena que en principio corresponde al delito fuese siempre la pena que efectivamente se pidiera en el curso del proceso no habría nada que objetar a la aseveración de que las conformidades de 1882 no pueden hoy aplicarse al proceso ordinario. Pero sucede que, en ocasiones, por el juego de eximentes incompletas y de atenuantes, o en relación con delitos conexos

menos graves, la pena pedida en las calificaciones provisionales no excede de la de prisión menor, pese a ser adecuado el cauce procedimental del proceso ordinario por delitos graves. En tales casos serán de aplicación para la conformidad los preceptos de 1882 por lo que debe descartarse la tesis que estima, "de facto", derogadas esas normas<sup>26</sup>.

Sin embargo para lo más habitual que será que la conformidad sólo se plantee en el procedimiento abreviado el papel que pueden desempeñar las normas de 1882 es efectivamente el de mero derecho supletorio, necesario dada la incompleta regulación de la conformidad en la LO 7/1988.

## 2. El reconocimiento de hechos del art. 789.5.5<sup>a</sup>

### A) Regulación legal y concepto

El reconocimiento de hechos en la fase de procedimiento preliminar y con el efecto de pase inmediato a juicio oral aparece por vez primera en nuestra LECrim. con la LO 7/1988. En ella puede leerse que si el hecho constituyera delito cuyo conocimiento compete al Juez de lo Penal, el de Instrucción podrá, a instancia del

---

<sup>26</sup> En este sentido DE LA OLIVA, A., en Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado,..., ob. cit., pág. 9867, quien expresa -en nota a pie de página- que el criterio de la pena efectivamente pedida, y no el de la pena que en principio corresponde al delito, es de aplicación en relación con la posibilidad legal de la conformidad, pero no, desde luego, para establecer la clase de procedimiento que se ha de seguir o el órgano jurisdiccional con competencia objetiva.

Ministerio fiscal y del imputado que, asistido de su abogado haya reconocido los hechos que se le imputan, remitir las actuaciones al Juez de lo Penal, para que convoque inmediatamente a juicio oral al fiscal y a las partes, quienes formularán en el mismo acto sus pretensiones, pudiendo dictar sentencia en el acto, de conformidad con el artículo 794 (art. 789.5.5ª).

Con el fin de aproximarnos al concepto de reconocimiento de hechos que aparece, según DE LA OLIVA<sup>27</sup> de forma "abrupta y repentina", en el art. 789.5.5ª estudiaremos el significado y alcance de cada uno de sus elementos.

El supuesto de hecho de esta norma jurídica es el siguiente: El reconocimiento, por parte del imputado asistido por su abogado y durante la fase de diligencias previas, de hechos cuyo conocimiento compete al Juez de lo Penal.

Sujeto activo del reconocimiento de hechos es el imputado. Sin embargo, nótese que este imputado todavía no lo es en virtud de imputación judicial. En efecto, según la STC 186/1990, la resolución que dicte el juez de instrucción según el art. 789.5.4ª significa que el juez ha adoptado la decisión de seguir el proceso como procedimiento abreviado lo cual implica "una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva de

---

<sup>27</sup> DE LA OLIVA, A., en Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado,..., ob. cit., pág. 9868.

los mismos"<sup>28</sup>. Evidentemente, lo mismo sucederá si el juez decide seguir el proceso abreviado pero utilizando, dentro de él, la tramitación más acelerada que el reconocimiento de hechos permite. Por lo tanto, el imputado del que habla el art. 789.5.5ª no lo es judicialmente, sino hasta que el juez decida acordar la remisión de actuaciones.

Si el imputado todavía no lo es en virtud de imputación judicial... ¿por qué la ley lo llama así?, ¿a qué imputación se está refiriendo?. Pensamos que se trata de una imputación que va surgiendo, "lato sensu", en el curso del interrogatorio del art. 789.4 LECrim. En principio los hechos imputables, pues, podrían ser, tanto los del acusador popular y particular, como los del MF, sin embargo, y dado que, condición necesaria para la remisión de las actuaciones es la solicitud conjunta MF-imputado, podría pensarse que los hechos sobre los que recaerá el reconocimiento serán los imputados por el fiscal<sup>29</sup>, aunque estos no coincidan con los de la acusación particular o popular. Quizás el legislador pensase sólo en esta posibilidad, pero la verdad es que no la explicita, de modo que, en nuestra opinión, la distinción entre el objeto sobre el que recae el reconocimiento (¿qué hechos hay que reconocer?) y la legitimación

---

<sup>28</sup> STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ nº8.

<sup>29</sup> En el mismo sentido FAIREN GUILLEN, V., Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la ley de 28 de diciembre de 1988, en Justicia, 1989, pág.10: "(...) parecen ignorarse otras imputaciones que no sean las del fiscal, con menosprecio de posibles actores populares, pese al art. 125 CE y 101 y ss. de la LECrim. Tómese buena nota de tal desigualdad".

para pedir ese reconocimiento (¿quién puede pedir al juez la remisión de las actuaciones?) debe mantenerse.

El precepto que estudiamos menciona al abogado del imputado y dice que éste debe ser asistido por aquél en el reconocimiento de hechos. La asistencia del letrado implica su presencia física y su consejo técnico, pero nada más. Es decir, el abogado podría no estar de acuerdo con ese reconocimiento de hechos, su aquiescencia no es necesaria, ya que la ley no prevé, ni su conformidad con el reconocimiento, ni la posibilidad de hacer constar de alguna manera su desacuerdo<sup>30</sup>.

En cuanto al alcance del término "hechos" la Circular 1/1989<sup>31</sup> se refiere a esta cuestión diciendo que equivale al objeto procesal en su aspecto fáctico, esto es, al reconocimiento de los elementos objetivos que integran el tipo penal cuya existencia va a debatirse en el proceso. También integrarán el hecho, en cuanto sean necesarios para la construcción típica por estar expresamente previstos en la figura legal, los elementos típicos subjetivos que se incorporen, en el correspondiente precepto del Código a la hipótesis típica. No será necesario, en cambio, el reconocimiento por el imputado de los elementos subjetivos integrantes de la culpabilidad y deducibles directamente del propio hecho confesado. El elemento de la

---

<sup>30</sup> En contra GOMEZ COLOMER, J.L. en Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, ob. cit, pág. 306.

<sup>31</sup> Cit. págs. 1348 y 1349.

culpabilidad o del tipo subjetivo, como puede ser la concurrencia de dolo o de culpa, su intensidad, la posible intervención de causas de inculpabilidad, etc..., podrá ser, en su caso, objeto de debate en el juicio inmediato, al igual que la calificación jurídica del hecho, la perfección delictiva, el grado de participación, el que ciertos elementos del hecho reconocido puedan ser o no apreciados como integrantes de una circunstancia agravante o atenuante y, en fin, el propio grado y entidad de la pena.

Cuando sólo exista un imputado es necesario, para que se consiga el efecto del reconocimiento de hechos, que reconozca todos los hechos imputados. Si son varios los imputados deberán reconocer todos, todos los hechos imputados a cada uno, sin embargo si es perfectamente separable un hecho punible y su autor de los demás hechos y autores no deben existir problemas para separar el reconocimiento. En ese caso, el reconocimiento de hechos efectuado por aquel autor le vincularía a él, continuando el proceso para los demás autores de los demás hechos punibles, en los que no es posible dividir el objeto<sup>32</sup>.

La ley no dice ante quién debe hacerse este reconocimiento, si ante el juez, ante el MF o ante la policía. Del carácter necesario que posee la primera declaración ante la autoridad judicial se deduce que podrá realizarse ante la misma. Ahora bien, el silencio legal no

---

<sup>32</sup> GOMEZ COLOMER, J.L., en Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, ob. cit., pág. 307.

impide considerar que ese reconocimiento pueda igualmente llevarse a cabo ante el MF o la policía, siempre que se cumplan el resto de presupuestos fácticos. Abona esta interpretación la consideración de que el reconocimiento hecho "a espaldas" del Juez, sólo tendrá los efectos que la ley establece si el Juez lo dispone así, por lo que puede concluirse que aunque el reconocimiento inicial no se haga en presencia del Juez, será necesario en un momento posterior su ratificación<sup>33</sup>.

Una vez vistos los elementos del reconocimiento de hechos podemos dar un concepto de la figura legal. Se trataría del reconocimiento, por parte del imputado asistido por su abogado, de todos los hechos o parte de ellos que sean atribuidos a aquél por los acusadores (MF, acusación particular, acusación popular).

Pasemos ahora al tema de la naturaleza jurídica. Sobre el particular existen opiniones muy variadas. Desde la de aquellos autores que lo consideran como una manifestación de la conformidad hasta la de otros que consideran que se trata sólo de una confesión.

En opinión de FAIREN, en España y en la actualidad, donde la ley no admite el juramento (art. 387 LECrim.) y, por lo tanto, no existe la confesión, sino el simple interrogatorio del imputado o del acusado, a apreciar según la conciencia del tribunal formada según

---

<sup>33</sup> En el mismo sentido CALVO SANCHEZ, M.C., La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la ley orgánica 7/1988 de 28 de diciembre, en La Ley, 1990, nº2, pág. 1096.

las reglas de la sana crítica, el reconocimiento no puede basarse en el valor de la "confessio". Más que confesión, la base de las conformidades es un allanamiento negocial, con disposición del proceso que queda acortado, y aún del derecho penal que podría ser aplicado en virtud de una acusación definitiva<sup>34</sup>.

Para algunos estamos ante una confesión. Así en la Circular 1/1989 puede leerse: "Ciertamente la concurrencia de peticiones del imputado que haya reconocido los hechos y del fiscal (...) constituye una manifestación del consenso, pero no es una conformidad. Hay en todo caso conformidad con los hechos (...) el fiscal ha de cuidar de que quede claramente expresada ante el Juez y con asistencia del letrado defensor (...) la aceptación de los hechos por el acusado, esto es, su confesión"<sup>35</sup>.

En el mismo sentido ALMAGRO<sup>36</sup> para el que la naturaleza del reconocimiento de hechos no es otra que la de la confesión, aunque no se emplee esa terminología por el carácter peyorativo que, desde las circunstancias que motivaron la abolición de la confesión con cargos, tiene tal medio de prueba empleado en el proceso penal.

---

<sup>34</sup> FAIREN GUILLEN, V., Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la ley de 28 de diciembre de 1988, en Justicia, 1989, nº1, pág. 13.

<sup>35</sup> Cit., pag. 1348.

<sup>36</sup> ALMAGRO NOSETE, J., Modalidad del proceso con reconocimiento de los hechos punibles, cap. XIII, en "El nuevo proceso penal", (con GIMENO SENDRA, CORTES DOMINGUEZ y MORENO CATENA), Valencia, 1989, págs. 221 y 222.



Para CABAÑAS<sup>37</sup> el reconocimiento no puede ser una confesión, pues de otro modo, pugnaría con lo preceptuado en el art. 406 LECrim. Según este autor se trata más bien de una vía para la formalización del trámite de la conformidad, pero al no ser este acto en sí, se remite a las disposiciones pertinentes (art. 791.3 y 793.3) en todo lo que tiene que ver con ésta.

Según CALVO SANCHEZ<sup>38</sup>, el reconocimiento de hechos produce la probabilidad de los hechos reconocidos, en una escala de posibilidad-probabilidad-certeza que hace innecesario seguir adelante con las investigaciones, pero de cara al juicio oral quizás no sea más que un indicio, y por ello el juez no debe apoyar su fallo en ellos, a no ser que se consiga la certeza de los mismos a través de los actos de prueba en el juicio oral.

Para nosotros se trata de una aceptación de los hechos por el acusado que, si es ratificada al inicio del juicio oral, vincula al juez de lo penal respecto de los hechos reconocidos.

## **B) Requisitos**

Una vez se han realizado todos los presupuestos fácticos del reconocimiento de hechos, es necesario que se compruebe el cumplimiento de determinados requisitos para que ese

---

<sup>37</sup> CABAÑAS GARCIA, J.C., en El proceso penal español..., op. cit., págs. 243 y 244.

<sup>38</sup> CALVO SANCHEZ, M.C., La fase de investigación en el nuevo..., ob. cit., pag. 1098.

reconocimiento pueda tener los efectos que la ley establece.

**a) Límites de la penalidad**

Los hechos reconocidos deben constituir delito cuyo conocimiento competa al juez de lo penal. Según el art. 14.3º LECrim. el Juez de lo Penal será competente para el conocimiento y fallo de las causas por delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis años o con pena de multa, cualquiera que sea su cuantía, o con la privación del permiso de conducir cualquiera que sea su duración, o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de seis años.

Vemos, pues, que el límite penal del reconocimiento de hechos está en los seis años de privación de libertad o seis años de otra pena.

**b) Solicitud conjunta MF-imputado**

La remisión de las actuaciones al Juez de lo Penal, efecto inmediato que la ley prevé para el reconocimiento de hechos, ha de ser instada, según la ley, tanto por el MF como por el imputado.

Debemos comenzar diciendo que, a pesar de la clara dicción legal, quien está facultado para pedir al juez la remisión de actuaciones debe ser, junto con el MF, el abogado del imputado. Efectivamente, aunque el reconocimiento de los hechos sólo pueda

hacerlo éste<sup>39</sup> puesto que, en principio, sólo él sabe si los hechos ocurrieron de esta o aquella manera, el solicitar que se abra el camino procedimental privilegiado que supone el art. 789.5.5ª es función del abogado que ha asumido la defensa técnica. Llegado el caso, extremo desde luego, podría suceder que el imputado, desatendiendo el consejo legal, reconociera los hechos y el abogado viniese obligado a instar la remisión, aún estando en desacuerdo con ella.

La solicitud conjunta MF-imputado es vista de distinta manera según los autores. Así, por ejemplo, GIMENO<sup>40</sup> considera que para obtener una rápida sentencia de conformidad mediante un reconocimiento, es necesario no sólo que tanto el imputado como su abogado la soliciten, sino también que a dicha petición se adhiera el MF. Según CHIRINOS<sup>41</sup>, en cambio, la iniciativa para proponer la remisión de las actuaciones al Juez de lo Penal la tiene, a juzgar por el tenor literal del precepto, única y exclusivamente el MF. Añade esta autora que, a pesar de ser el MF quien decide primeramente si

---

<sup>39</sup> El reconocimiento de hechos, como tal, sería una excepción a la necesidad de defensa técnica en el proceso penal derivada de la condición de personalísimo del acto del reconocimiento. Estaría en la misma línea que los careos, los actos relativos a la fijación de la identidad del delincuente, etc..,

<sup>40</sup> GIMENO SENDRA, V., La nueva regulación de la conformidad. (Ley Orgánica 7/1988), en La Ley, 1990, nº3, pág. 979.

<sup>41</sup> CHIRINOS RIVERA, S., El reconocimiento de hechos por parte del imputado, en "La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León", Madrid, 1989, págs. 573 y 574.

es posible hacer la petición, no actúa sólo, pues el imputado tiene que estar de acuerdo con dicha remisión.

Aunque formalmente la ley sólo hace referencia a la coincidencia de voluntades entre el imputado y el MF, parece lógico, que antes del reconocimiento de hechos y para asegurar, en la medida de lo posible, sus efectos agilizadores del proceso, exista una previa negociación MF-imputado en la que se acuerde, que de efectuarse el reconocimiento el MF no objetará nada, facilitando así el pase inmediato a juicio oral.

El juez instructor carece de iniciativa para acordar la remisión de oficio aunque, como luego veremos, tampoco está vinculado por la petición conforme de MF e imputado.

Y como puede observarse, el parecer de las víctimas del delito no es tenido en cuenta por el legislador en este punto. No habrá problemas si los hechos imputados por el MF coinciden en lo sustancial con los imputados por el resto de las acusaciones, pero si no es así, el juez deberá tenerlo en cuenta a la hora de efectuar o no la remisión de actuaciones.

### **c) El carácter facultativo o necesario de la remisión de las actuaciones**

Del tenor literal de la ley parece desprenderse que el Juez de instrucción no está obligado necesariamente a remitir las actuaciones al de lo Penal: "... el de instrucción podrá (...) remitir las actuaciones al juez de lo Penal..." (art. 789.5.5ª).

La doctrina ha interpretado ese "podrá" de distintas formas.

Así para CHIRINOS<sup>42</sup> producida la petición de remisión a instancia del MF y del imputado, el juez no queda vinculado por la misma. Según esta autora, por una vez, el legislador ha sido preciso en su expresión. Es de la total incumbencia del juez remitir o no las actuaciones, no está en modo alguno obligado a acceder a la petición de remisión. ALMAGRO<sup>43</sup>, en cambio, opina que el reconocimiento de los hechos punibles a cargo del imputado conduce a que el juez de instrucción remita, sin más, las actuaciones al juez de lo penal. De esta opinión parece desprenderse que el juez, para la remisión de las actuaciones, no debe tener en cuenta más que el cumplimiento de los requisitos expresados literalmente en la ley.

En opinión de ESCUSOL BARRA<sup>44</sup> la palabra "podrá" puede plantear en la práctica, algún incidente procesal dilatorio, lo que no se acomoda bien al sentido de la ley. La petición del fiscal y del imputado con su letrado, debiera ser vinculante para el juez de instrucción.

Según nuestro parecer el empleo del término "podrá" en el art. 789.5.5<sup>a</sup> admite claramente la posibilidad, tanto de que el juez

---

<sup>42</sup> CRIRINOS RIVERA, S., El reconocimiento de hechos..., op. cit., pág. 574.

<sup>43</sup> ALMAGRO NOSETE, J., Modalidad del proceso con reconocimiento..., op. cit., pág. 221.

<sup>44</sup> ESCUSOL BARRA, E., en El proceso penal por delitos..., ob. cit., págs. 114 y 115.

remita las actuaciones como de que no lo haga. El problema está en determinar en base a qué criterio el órgano jurisdiccional debe tomar esta decisión. porque está claro que la facultad de remitir o no, no puede hacerse depender de criterios intangibles que el juez no pueda exteriorizar. El juez está sometido al principio de legalidad y su actuación, por tanto, debe ceñirse a la ley. Si la facultad de remitir o no dependiera del capricho judicial nos hallaríamos ante la más pura arbitrariedad. En nuestra opinión el art. 789.5.5ª da un margen de discrecionalidad al juez, pero esta discrecionalidad debe actuarla el juez de acuerdo con el principio de legalidad. El problema en este caso es que el criterio legal para actuar esa discrecionalidad, que podríamos llamar relativa, no se encuentra en el mismo texto de la norma analizada. Sin embargo, el criterio existe.

En un primer momento el juez de instrucción en la valoración de ese "podrá" deberá tener en cuenta, como criterio general primario, las exigencias del art. 24.1 CE que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva y a la no producción de indefensión<sup>45</sup>. Posteriormente el juez tendrá que valorar en concreto ese criterio a la hora de decidir. Es decir, deberá analizar si con la utilización del

---

<sup>45</sup> CHIRINOS RIVERA, S., El reconocimiento de hechos..., ob. cit., pág. 574, apunta en este sentido: "es pues el instructor (...) quien, finalmente debe decidir si es posible o aconsejable pasar directamente a la celebración del juicio oral. Y lo debe hacer teniendo en cuenta su obligación de salvaguardar los derechos del imputado, como de cualesquiera otros que tengan que ver o hayan resultado perjudicados por el delito", (el subrayado es nuestro).

trámite abreviado del art. 789.5.5ª se vulneran, de algún modo, el derecho a la tutela judicial efectiva o alguno de los derechos fundamentales proclamados en nuestra Constitución. Por ejemplo se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva si un acusador particular no estuviera de acuerdo, en lo esencial, con los hechos reconocidos por el imputado y el juez acordara la remisión de actuaciones. Si el juez, a la vista de otras diligencias cree que es posible que el imputado mienta, no deberá remitir las actuaciones al juez de lo penal.

#### **d) Forma, lugar y tiempo**

En cuanto a la forma de este reconocimiento el art. 789.5.5ª no dispone nada. Dado que se prestará normalmente en la primera comparecencia del imputado ante el Juez de instrucción y en el curso del interrogatorio, lo lógico será que se haga de forma oral. Además el imputado, si no ha habido una instrucción previa fiscal, no sabrá hasta ese momento cuáles son los hechos que efectivamente se le atribuyen, por lo que no parece probable que exprese, previamente a esa comparecencia y por escrito, el reconocimiento de algo que no conoce.

Si sí ha habido procedimiento preliminar fiscal, nada impide que el imputado haya hecho constar por escrito su reconocimiento.

Si el reconocimiento se efectúa ante el Juez y puesto que las actuaciones judiciales deben practicarse en la sede del órgano jurisdiccional (art. 268.1 LOPJ), será en ese lugar donde se lleve a

cabo. Si se efectúa ante el MF o la policía, en sus dependencias respectivas.

En cuanto al tiempo, el reconocimiento podrá darse en el procedimiento preliminar fiscal, en las diligencias previas directamente instruidas por el Juez y en las diligencias previas abiertas como consecuencia de una fase de investigación fiscal. En cualquier caso se tratará de la fase de procedimiento preliminar, la primera de las tres que conforman el procedimiento abreviado.

### **C) Efectos**

El reconocimiento de hechos por parte del imputado tiene unos efectos o consecuencias jurídicas que, para su mejor estudio dividiremos en: procedimentales y procesales.

Los efectos procedimentales se concretan en la remisión de actuaciones al juez de lo penal. El plazo para esta remisión no lo especifica la ley. El art. 789.5.5º dice que el juez de instrucción remitirá las actuaciones al juez de lo penal y con respecto al plazo en el que éste último debe convocar a las partes a juicio oral, sólo dice que será "inmediatamente". Sin embargo para el caso de que se siga la modalidad procedimental prevista en el art. 790.1.III, dispone la ley que la citación ante el Juez de lo Penal, podrá realizarse por el Juzgado de instrucción, incluso en su servicio de guardia, de la forma más inmediata posible y sin atenerse, necesariamente, al plazo de diez días previsto para este trámite en el art. 790.6.V (art. 790.6.VIII).



El efecto inmediato de la remisión de actuaciones es la terminación de la fase de diligencias previas, la supresión de la fase intermedia y la realización de un juicio oral en el que las partes formularán sus pretensiones y podrá dictarse sentencia en el acto.

Aunque la ley expresamente no lo diga, si es posible la realización de ese juicio oral tan rápido es porque el reconocimiento de hechos supone una agilización del juicio. Es decir, junto a los efectos procedimentales, existen otros, los procesales, que van a incidir en el contenido de la sentencia que se dicte.

Ante el silencio legal, los posibles efectos del reconocimiento de hechos se resumen en estas tres posibilidades:

1ª. Simplificación de la prueba sobre los extremos fácticos admitidos. En este sentido se pronuncia la Circular 1/1989<sup>46</sup> aunque, a nuestro entender, con falta de coherencia, porque, si como ella misma reconoce, la aplicación del art. 789.5.5º produce el efecto de excluir, en el ámbito del proceso penal abreviado, la regla general del art. 406 I, no debería hablar de simplificación, sino de no necesidad de prueba de esos hechos.

2º. Mecanismo preparatorio de una inmediata conformidad en la calificación. Con el reconocimiento de hechos se pasaría en seguida a la fase de juicio, y en ésta, se intentaría provocar una rápida

---

<sup>46</sup> Cit. pág. 1349.

sentencia de conformidad<sup>47</sup>. Algún autor comenta en esta línea que, acaso "haya que entender que la remisión inmediata a juicio oral esté pensada exclusivamente como instrumento procesal para encauzar supuestos en que, en el ínterin, ha de tomar cuerpo una conformidad que ha empezado a fraguarse"<sup>48</sup>.

3ª La última posibilidad sería la de que el reconocimiento de los hechos produjese la fijación definitiva de los mismos, de modo que los hechos reconocidos fuesen vinculantes para el juez de instrucción.

En contra de esta posibilidad se manifiesta DE LA OLIVA<sup>49</sup>: "además, por mucho que se subraye que el art. 406 de la LECrim. se encuentra en sede de sumario, resulta innegable que la fuerza vinculante del reconocimiento de hechos habría de responder a una "ratio" distinta -en realidad la "ratio" opuesta- a la "ratio iuris" del art. 406 de la LECrim., que en mi opinión, vale en todo momento, porque además de su armonía con el principio de la verdad material, parte de la razonable máxima de la experiencia legal o regla de la sana crítica que induce a desconfiar siempre de las autoinculpaciones penales (aunque la desconfianza pueda variar según los casos y los

---

<sup>47</sup> Posibilidad contemplada por DE LA OLIVA SANTOS, A., en Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado..., ob. cit., pág. 9869.

<sup>48</sup> FERNANDEZ ENTRALGO, J., Justicia a cien por hora..., ob. cit., pág. 91.

<sup>49</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado..., ob. cit., pag.9869.

momentos: de muy grande a muy leve)". ALMAGRO<sup>50</sup> se expresa en el mismo sentido al decir que nuestra ley no establece ninguna regla que permita, atribuir efectos vinculantes al reconocimiento de los hechos, por lo que, de acuerdo con el sistema que valoración probatoria que rige en el proceso penal, el reconocimiento, aunque releva de la continuidad de la instrucción, no excusa de proponer y practicar pruebas en el acto del juicio.

En nuestra opinión, el único efecto procesal lógico del reconocimiento de hechos será la fijación de los mismos como no controvertidos, y por tanto, la aceptación de ellos como hechos ciertos para el juez de lo penal, siempre teniendo en cuenta las exigencias del art. 24.1 CE con lo que la remisión de las actuaciones no será automática. No obsta a esta interpretación el contenido del art. 406 LECrim., por cuanto éste se refiere al sumario y no es necesariamente aplicable al procedimiento abreviado (art. 780). Si considerásemos que el art. 406 despliega sus efectos sobre el 789.5.5<sup>a</sup> vaciaríamos a éste de contenido lógico. Ahora bien, lo que nos parece deplorable del precepto que estudiamos es, el silencio del legislador en un punto tan trascendental como el de los efectos jurídicos de una institución que por vez primera regula y la introducción de esta figura en un proceso penal regido por el principio de legalidad que junto con el

---

<sup>50</sup> ALMAGRO NOSETE, J., Modalidad del proceso con reconocimiento..., ob. cit., pág. 522.

de búsqueda de la verdad material, indudablemente salen malparados con la interpretación propuesta.

Aunque el juez de lo penal no debe admitir prueba sobre los hechos reconocidos, nada obstará a que las partes acusadoras propongan y el juez de lo penal admita y practique, prueba relativa a hechos relacionados con los reconocidos pero que sigan siendo controvertidos (P.e. se reconoce la sustracción de un radiocasette en un coche, pero no se reconoce el rompimiento de la cerradura del vehículo. La diferencia en probar o no el hecho controvertido hará cambiar la tipificación penal, en el ejemplo propuesto, de hurto a robo).

La deficiente regulación legal de los efectos desconoce la existencia de un supuesto, a nuestro entender, enervador de la eficacia que pueda reconocerse al reconocimiento de hechos, a saber, que en el juicio, el imputado contradiga o se retracte del reconocimiento<sup>51</sup>. Al respecto establece la Circular 1/1989<sup>52</sup> que las autoinculpaciones que resulten falsas o desmentidas, podrán dar lugar, en su caso a la responsabilidad penal prevista en el art. 338

---

<sup>51</sup> En el mismo sentido CHIRINOS RIVERA, S., en El reconocimiento de hechos..., ob. cit., pág. 576, DE LA OLIVA SANTOS A., en Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado..., ob. cit., pág. 9870, este autor apunta que milita en favor de esta posibilidad que el reconocimiento no está configurado legalmente como una declaración de voluntad irrevocable, sino que aparece, más bien, como declaración de conocimiento. También, ALMAGRO NOSETE, J., en Modalidad del proceso con reconocimiento..., ob. cit., pag. 222.

<sup>52</sup> Cit., pág. 1349.

CP.

#### **D) El papel del Ministerio Fiscal en el reconocimiento de hechos.**

La actuación del MF en el reconocimiento de hechos tiene dos lecturas. Una primera es la que se desprende de la ley, la que podríamos llamar actuación "ex lege" del MF. Se concreta en la necesidad de solicitud conjunta MF- imputado (con las salvedades que ya hemos hecho en el apartado correspondiente respecto de este último) para que quede perfecto el supuesto de hecho al que se anudan las consecuencias jurídicas del reconocimiento.

No obstante, como más de un autor ha puesto de manifiesto esta coincidencia de voluntades entre el MF y el imputado no será natural salvo "convergencias afortunadas"<sup>53</sup>. Así parece claro que la figura del art. 789.5.5ª de la LECrim. presupone contactos no procesales entre fiscal e imputado que permitan desembocar, no sólo en la petición conjunta de que las actuaciones pasen al juez de lo penal, sino también, y lo que puede ser más grave, en una descripción conjunta y consensuada del hecho que el imputado reconoce<sup>54</sup>.

Esta segunda lectura de la actuación del MF en el reconocimiento de hechos es, sin duda, acertada, ya que no es habitual que el

---

<sup>53</sup> FERNANDEZ ENTRALGO, J., Justicia a cien por hora..., ob. y lug. cit, pág. 89.

<sup>54</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado..., ob. cit., pág.9884.

imputado haga un reconocimiento de hechos y mucho menos que éste sea de tal naturaleza que el MF no tenga nada que objetarle. Para que exista esa coincidencia ha de haber un previo acuerdo, acuerdo que bien podría incluir los extremos de una posible conformidad en el juicio oral.

Quizás, lo más lamentable de este "bargaining" sea el modo en que se ha introducido<sup>55</sup>, aunque algunos sectores doctrinales, entre los que se encuentra la FGE<sup>56</sup>, abogan sin paliativos por este nuevo papel del MF.

---

<sup>55</sup> Así FAIREN pone de manifiesto refiriéndose a España que "en país de régimen legalista tras la revolución francesa no se le debe admitir (al "bargaining") así, oscuramente, y con límites vacilantes, sin exposición clara de su técnica ni de sus posibilidades. Y en un país en el que hay un cierto ambiente -parcial, más en círculos bien colocados- en favor de un robustecimiento del MF, pero que no se fija bien en el riesgo de dependencia en que el MF español se halla con respecto al Ejecutivo, nos exponemos a que en ese "bargaining" (...) se llegue a transacciones o acuerdos que envuelvan una disposición aún mayor del proceso y del Derecho Penal que las actuales conformidades", FAIREN GUILLEN, V., en Las conformidades del sujeto pasivo..., ob. cit., pág. 11.

<sup>56</sup> En la tan citada Circular 1/1989, págs. 1347 y 1348, se perfila este papel del MF como promotor de la conformidad. En ella puede leerse que la búsqueda del consenso implica un notable cambio en los modos de actuación del Ministerio Público, que por imperativo de la obligación impuesta en el art. 781 de procurar la simplificación del procedimiento, deberá promover esas soluciones facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso con el acusado y su defensa, especialmente en el ámbito de los delitos menos graves y de menor trascendencia social, esto es, en el de las infracciones penales conocidas como "bagatelas". La mayor presencia del fiscal en el proceso y en especial durante la guardia de los juzgados permitirá un contacto más inmediato con el acusado y su letrado y será terreno propicio para promover tales situaciones consensuadas.

### 3. La conformidad de los arts. 791.3 y 793.3 LECrim.

#### A) Regulación legal y concepto

En la regulación del proceso abreviado aparece la institución de la conformidad propiamente dicha<sup>57</sup> en los arts. 791.3 y 793.3.

En el primero de ellos puede leerse que "En su escrito (se sobreentiende que es el de la defensa) firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad. Tal conformidad podrá también formalizarse conjuntamente con el

---

<sup>57</sup> Nos referimos a la conformidad entendiendo por ella: conformidad con los hechos, con la calificación jurídica y con la responsabilidad penal. Esta conformidad está claramente diferenciada del reconocimiento de hechos del art. 789.5.5ª LECrim., que se refiere, como su propio nombre indica, sólo a los hechos.

Respecto al tema de la naturaleza jurídica se barajan un buen puñado de hipótesis. Como muestra pueden citarse las siguientes. Allanamiento, para ALCALA ZAMORA, en El allanamiento en el proceso penal, Buenos Aires, 1962, págs. 105 a 154. Según ALMAGRO NOSETE, en La disponibilidad del objeto en el nuevo proceso penal, cap. VIII de la obra "El nuevo proceso penal", (con MORENO CATENA, CORTES DOMINGUEZ y GIMENO SENDRA), ob. cit., pág. 150, nos hallamos ante un convenio cuya finalidad es truncar el proceso penal mediante la sentencia de conformidad, pero, en puridad de principios, no puede existir según nuestras leyes, un pacto subyacente; esto es, la concordancia de voluntades ha de producirse por la coincidencia de los intereses de ambas partes. En opinión de GIMENO SENDRA, en La nueva regulación de la conformidad, ob. cit., pág. 979, si bien la naturaleza jurídica de la conformidad se ha de reconducir a la del allanamiento o acto de disposición de la defensa, mediante el cual, a través de la aceptación del cumplimiento de la más grave petición de pena se pone fin, con todos los efectos de la cosa juzgada, a un proceso penal ya incoado, dicho allanamiento puede ser producto de la mera liberalidad de la defensa o constituir la culminación de una confesión del acusado e incluso de una transacción penal que persiga como finalidad los objetivos de protección a la víctima y resocialización del delincuente.

escrito de acusación del MF".

En el art. 793.3 y ya abierto el juicio oral, pero antes de iniciarse la práctica de la prueba, "...la acusación y la defensa con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al juez o tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave, que la del escrito de acusación. Si la pena no excediera de seis años el juez o tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes.

No obstante, si a partir de la descripción del hecho aceptado por todas las partes, estimara el juez o tribunal que el mismo carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de pena o de su preceptiva atenuación, dictará sentencia en los términos que proceda, previa audiencia de las partes realizada en el acto.

No vinculan al juez o tribunal las conformidades sobre medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal".

De la lectura de estos dos preceptos se colige que la conformidad podrá manifestarse en tres momentos:

- En la fase de preparación del juicio oral conjuntamente con el escrito de acusación del MF (art. 791.3, último inciso)
- En la misma fase de preparación del juicio oral, pero después de que haya sido formulada la acusación. En este caso la conformidad se exterioriza en el escrito de defensa. (art. 791.3,



inciso primero).

- La última oportunidad para conformarse se da en la sesión del juicio oral, antes de comenzar la práctica de la prueba. La conformidad será con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o con otro que se presente en ese acto. La ley especifica los requisitos que este segundo escrito debe cumplir.

Vista cual es la regulación legal de la institución podemos dar un concepto de la misma. Según el cual la conformidad sería el acto procesal, realizado por la defensa con la aquiescencia del acusado, mediante el que se manifiesta que se está de acuerdo con el escrito de acusación si hay uno solo, o con el que contenga pena de mayor gravedad, si hay varios o con el que se presente en la fase de juicio oral siempre que no se refiera a hecho distinto, ni contenga calificación más grave que la del escrito de acusación primitivo.

La declaración de voluntad está formada por la concurrencia de dos voluntades: la del abogado y la del acusado. De modo que si cualquiera de las dos falta, la conformidad no será posible y el juicio deberá seguir por sus trámites ordinarios.

De la necesidad del consentimiento del acusado y de la consecuencia de su falta ilustra la sentencia de la AP de Huelva, de 30 de abril de 1991<sup>58</sup>, en su FJ nº1: "En el trámite de procedimiento abreviado, puede dictarse sentencia en conformidad

---

<sup>58</sup> Sentencia recogida en "Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales", 1991, págs. 659 y 660.

(...) para que ello sea factible es preciso, como disponen los arts. 791.3 y 793.3 de la LECrim., que el acusado haya o bien firmado el escrito de conformidad presentado por el letrado o que haya prestado su conformidad posteriormente o antes de la práctica de la prueba, si no lo ha hecho en ninguno de esos momentos, el juicio se celebra estándose a lo acreditado para dictar resolución...".

La necesidad del consentimiento del abogado viene exigida por la regulación que de la conformidad hace el proceso abreviado. Para la consecuencia de su falta habrá que estar, sin embargo, a lo dispuesto en el art. 655 LECrim. aplicable supletoriamente "ex" art. 780 LECrim., es decir, el órgano jurisdiccional acordará la continuación del juicio.

Las diferencias de tratamiento del instituto de la conformidad entre la regulación del art. 791.3 y la del 793.3 no justifican su estudio diferenciado ya que, en esencia, el acto es el mismo, tanto en cuanto a su objeto (la conformidad es, en ambos casos, con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad<sup>59</sup>) como en cuanto al sujeto emisor (la defensa, con el consentimiento del acusado).

---

<sup>59</sup> A partir de este momento, y para mayor comodidad del lector, utilizaremos la expresión entre paréntesis en el texto para referirnos a la más extensa "conformidad con el escrito de acusación, si hubiera uno, o con el que contenga pena de mayor gravedad, si fuesen varios".

## **B) Requisitos**

### **a) Límites de la penalidad**

Uno de los requisitos que ha de cumplir la conformidad que se adopte al amparo de los preceptos de la LO 7/1988 es el relativo a los límites de la penalidad. Se trata de averiguar, ya que el legislador no ha establecido nada claro al respecto, si cabe la conformidad frente a escritos de acusación en los que se solicite pena superior a prisión menor. En lo concerniente a esta cuestión la doctrina se divide en dos grandes bloques. Por un lado están aquellos autores que consideran que el tope máximo para efectuar una conformidad es la pena de prisión menor. Aunque la solución final sea la misma, los argumentos esgrimidos, como se verá, difieren.

En esta posición encontramos a GOMEZ COLOMER<sup>60</sup> que refiriéndose al art. 791.3 dice que al no distinguirse debe ser de aplicación el art. 655 I LECrim. Mientras que en el art. 793.3 al no haber ninguna referencia explícita a que se fije el límite en prisión menor, sino todo lo contrario, pues la segunda frase del párrafo I del art. 793.3, da a entender que el límite es el propio del proceso abreviado, se admite la conformidad en el acto del juicio hasta la pena de prisión mayor. Reconoce el autor que sin lugar a dudas

---

<sup>60</sup> GOMEZ COLOMER, J.L, en Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, (con MONTERO, ORTELLS y MONTON), ob. cit, pág. 310.

esta diferencia incide directamente en la esencia de la conformidad, estableciendo un régimen distinto de dudosa admisibilidad.

En la misma línea se encuentra CONDE-PUMPIDO TOURON<sup>61</sup>. En su opinión, la ampliación del ámbito de las sentencias de conformidad hasta doce años y el establecimiento de dos clases de sentencias de conformidad (la de "estricta conformidad" única a la que se refiere la ley y otras de "conformidad ordinaria" para penas de hasta doce años) requeriría una referencia expresa del legislador, que no se ha producido.

ALMAGRO<sup>62</sup> realiza la siguiente interpretación de los preceptos que nos ocupan. En primer lugar habla de la que denomina "interpretación literal extensiva de la regulación legal de la conformidad", según la cual sólo los delitos castigados con pena de reclusión menor o mayor, quedarían excluidos del ámbito objetivo del proceso abreviado y, por ende, de la regulación de la conformidad del acusado. Pasa después a aplicar "el efecto reductor de la interpretación sistemática" ya que la aporía en la que desemboca la interpretación literal, que haría posible un juicio truncado para imponer una pena que aunque dentro del límite máximo de la conformidad, no tiene que ajustarse a la misma, conduce inevitablemente, a la aplicación integradora de los límites

---

<sup>61</sup> CONDE-PUMPIDO TOURON, C., La conformidad, en "La reforma del proceso penal", obra colectiva cit., págs. 191 y 192.

<sup>62</sup> ALMAGRO NOSETE, J., La disponibilidad del objeto en el nuevo..., en "El nuevo proceso penal", obra colectiva cit., págs. 146-148.

que establecen respecto de los seis años los arts. 655 y 688 de la LECrim. Es decir, sólo en estos casos, que deben considerarse complementos obligados de la ley nueva, cabría admitir la conformidad e impedir la continuación del juicio. La referencia a las sentencias de estricta conformidad hay que situarla, en este caso, como respuesta a la vieja teoría interpretativa que propugnaba, incluso dentro de los límites de las penas correccionales, que el órgano jurisdiccional tuviera libertad para imponer la pena de conformidad, la redujera o dictara sentencia absolutoria.

Para GIMENO<sup>63</sup>, la extensión del ámbito de la conformidad a delitos con penas de hasta doce años, no puede mantenerse. La "doctrina mayoritaria" en expresión suya en la que él mismo se inscribe, mantiene que, lo cierto es que la única diferencia entre la conformidad prevista en el primer párrafo del art. 793.3 y la del segundo del mismo precepto, es que en la primera se contempla una conformidad-allanamiento, por lo que la sentencia ha de ser de estricta conformidad, en tanto que en la segunda nos encontramos ante un allanamiento confesión. La puesta en relación del art. 793.3 II y el 789.5.5<sup>a</sup> evidencia esta interpretación.

En la posición doctrinal opuesta encontramos, en primer lugar, a la FGE que en su archiconocida Circular 1/1989<sup>64</sup> entiende

---

<sup>63</sup> GIMENO SENDRA, V., en La nueva regulación de la conformidad..., ob. cit, pág. 981.

<sup>64</sup> Cit., pág. 1351.

extendido, por la nueva ley, el ámbito objetivo de la conformidad a los 12 años. Reconoce que puede resultar chocante exceder, en la conformidad, de los límites de la prisión menor, pero resulta evidente que debe prevalecer la especialidad del procedimiento y en él, tanto de la omisión en el art. 791.3 "in fine" a toda referencia del límite de las penas con que puede conformarse el acusado, como de la reiterada referencia que al Juez o Tribunal se hace en el art. 793.3.

Para algún autor<sup>65</sup> la extensión del límite objetivo de la conformidad a prisión mayor es evidente.

Otros lo fundamentan, no sin perplejidad dada su amplitud desmesurada, en la propia ley. Así para FAIREN<sup>66</sup> lo primero que llama la atención en la ley es el límite "ad quem" de las conformidades; ya que en realidad no hay otro que el de la aplicabilidad del nuevo procedimiento. También ORTELLS<sup>67</sup>, destaca la desaparición del límite de pena de prisión menor como condicionante del trámite de conformidad. Dicho trámite debe realizarse en todo proceso abreviado, cualquiera sea la pena pedida.

---

<sup>65</sup> FORCADA JORDI, M., en Acerca de la conformidad en el proceso penal, en La Ley, nº de 5 de febrero de 1991, págs. 2 y 3.

<sup>66</sup> FAIREN GUILLEN, V., en Las conformidades del sujeto pasivo..., ob. cit. pág. 9.

<sup>67</sup> ORTELLS RAMOS, M., en El nuevo procedimiento penal abreviado..., ob. cit., pág. 558.

ZARZALEJOS<sup>68</sup> llega a la misma conclusión argumentando en primer lugar, que la referencia común a "juez o tribunal" implica que la conformidad puede darse ante la Audiencia, y por tanto, para delitos castigados con pena de prisión mayor. En segundo lugar alude a la interpretación "a contrario" del último inciso del art. 793.3.

Después de este recorrido por la doctrina, nos parece que estamos en disposición de manifestarnos al respecto.

De una interpretación literal del art. 793.3 I último inciso puede deducirse, aunque no irrefutablemente, que frente a las penas que no excedan de seis años, y sólo frente a éstas, cabe la conformidad. Si la pena es superior a seis años, el juez o tribunal no estará vinculado porque no existe propiamente posibilidad de conformarse. Ciertamente la redacción legal no se distingue por su claridad gramatical, por lo que es necesario acudir a la interpretación sistemática analizando el ámbito objetivo que para la conformidad establece el art. 791.3. Aquí nos encontramos con que no se dice nada al respecto, con lo que claramente habrá que aplicar el derecho supletorio (art. 780 LECrim.) y la conformidad cabrá en los límites de la prisión menor, es decir, con el mismo límite del proceso ordinario. Desde un punto de vista de interpretación sistemática en el seno del procedimiento abreviado, debemos defender que el límite

---

<sup>68</sup> ZARZALEJOS NIETO, J., El nuevo proceso abreviado para delitos menos graves, en "Nuevos Tribunales y nuevo proceso penal", (con DE LA OLIVA, VEGAS, MARIA GONZALEZ y ARAGONESES), Madrid, 1989, pág. 175.

de la penalidad para conformarse esté en los seis años de prisión menor. Como se ve, la interpretación que efectuamos está en la línea de la propuesta por ALMAGRO.

Como quiera que en el derecho comparado los límites impuestos a la posibilidad de negociación de la pena son sensiblemente inferiores a la prisión menor, la solución adoptada, aún con ser excesiva, desde el punto de vista de la penalidad, es menos contraproducente que su alternativa. De todos modos el argumento de derecho comparado sólo puede utilizarse una vez interpretados los preceptos objeto de estudio y no debe ser utilizado como razonamiento demostrativo.

#### **b) Forma, lugar y tiempo**

En cuanto a la forma, en el caso del art. 793.1 se desprende claramente que ésta ha de ser escrita. Las posibilidades de formalización de esta conformidad son dos: o en el escrito de acusación del MF o en el propio de defensa. Entendemos que en ambos casos con la firma del acusado, modo mediante el cual se exterioriza la voluntad concurrente del mismo.

La forma de la conformidad prevista en el art. 793.3 es la oral. Ello responde de un lado a que nos hallamos en este momento en la fase de juicio oral y no tendría sentido introducir un trámite escrito. Por otro lado la dicción del precepto no ofrece lugar a dudas. El consentimiento del acusado se manifiesta aquí mediante su conformidad expresada oralmente.



En lo referente al lugar en el que se exteriorizará la conformidad rige aquí, igual que en el reconocimiento de hechos, el art. 268.1 LOPJ, es decir, el lugar adecuado será la sede del órgano jurisdiccional. Sin embargo el acuerdo sobre la conformidad será fruto de conversaciones desarrolladas en cualquier otro lugar.

Los momentos hábiles para manifestar la conformidad serán los siguientes. Durante la fase intermedia o de preparación del juicio oral el primer momento para conformarse acaece cuando el MF presenta su escrito de acusación. En él puede formalizarse la conformidad del acusado<sup>69</sup>. El segundo momento es inmediatamente posterior en el tiempo. Si no se ha formalizado la conformidad en el escrito de acusación del MF, la defensa tiene oportunidad de manifestarla en su propio escrito autónomamente.

El tercer momento se da ya en la fase de juicio oral. Y aunque puede exteriorizarse en una doble modalidad (escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o escrito de acusación que se presente en ese mismo acto y que no se refiera a hecho distinto ni contenga calificación más grave que el primitivo escrito de acusación) el momento es el mismo y está delimitado temporalmente por ser el inmediatamente posterior a la audiencia saneadora prescrita por el art. 793.2 y el inmediatamente anterior a la práctica

---

<sup>69</sup> Como pone de manifiesto DE LA OLIVA, A., en Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado..., ob. cit., pag. 9884, "... si se tratase de que, llevada a cabo la calificación con sumisión a los parámetros legales, el imputado se conforma, no habría tal formalización conjunta".

de la prueba (art. 793.4 y 5).

### C) Efectos

El principal efecto que pretende lograr la conformidad es poner fin al proceso suprimiendo todos los trámites posteriores y dictando una sentencia sobre el fondo del asunto.

La agilización que supone la introducción de la conformidad en el proceso nos permite distinguir, al igual que hicimos en el reconocimiento de hechos, entre efectos procedimentales y efectos materiales.

En cuanto a los primeros distinguiremos a su vez entre la conformidad del art. 791.3 y la del 793.3 ya que cada una tiene lugar en un momento procesal distinto. Entendemos sin embargo, que a cualquiera de ambas conformidades es aplicable lo dispuesto en los arts. 698 y 699 LECrim. Es decir, cuando el procesado o procesados no quisieren responder a las preguntas que les hiciere el presidente o cuando en la fase de procedimiento preliminar no hubiese sido posible hacer constar la existencia del cuerpo del delito, que forzosamente deba existir, la conformidad prestada por el procesado o procesados y sus defensores no evitará la continuación del juicio. Estos dos preceptos los entendemos aplicables en virtud del art. 780 LECrim.

La tramitación de la conformidad realizada al amparo de lo establecido en el art. 791.3 es como sigue. Una vez finalizada la fase de procedimiento preliminar, se pasa a la de preparación del

juicio oral. Los momentos posibles para la conformidad son dos: uno, antes de abrir el juicio oral en el escrito de acusación del MF, otro, una vez abierto, en el mismo escrito de defensa. En cualquiera de los dos casos la fase de preparación del juicio oral se da por finalizada<sup>70</sup>. El órgano instructor remite lo actuado al competente para enjuiciamiento, que señalará convocatoria para juicio oral. En el procedimiento abreviadísimo se da en este punto un mayor acortamiento procedimental al disponer el art. 790.6.VIII que la citación ante el órgano de enjuiciamiento podrá realizarse por el Juzgado de Instrucción, incluso en su servicio de guardia, de la forma más inmediata posible y sin atenerse necesariamente al plazo de diez días.

En el juicio oral y a pesar de que la ley nada dice, lo lógico será que se manifieste la conformidad y acto seguido el juez podrá, o bien dictar sentencia "in voce", o bien hacerlo dentro de los cinco días siguientes a la finalización del juicio oral (art. 794 LECrim.).

Si se opta en cambio por la conformidad en fase de juicio oral (art. 793.3), evidentemente se habrán efectuado con anterioridad los trámites de la fase previa o de preparación. El juicio comenzará con la lectura por el secretario de los escritos de acusación y defensa.

---

<sup>70</sup> Debe hacerse notar que en el caso de que la conformidad se manifieste en el escrito de defensa, en realidad no se produce terminación anticipada de la fase de preparatoria, ya que, según dispone el art. 791.5 formulado el escrito de defensa, el juez remite lo actuado al órgano competente para enjuiciamiento. Con lo cual, tanto haya conformidad en el escrito de defensa como no, la formulación del mismo será el último de los actos de parte del procedimiento preliminar.

Seguidamente y a instancia de parte el juez o tribunal abrirá un turno de intervenciones para que las partes puedan exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. A continuación el órgano jurisdiccional resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas (art. 793.2). A partir de ese momento y antes de iniciarse la práctica de la prueba podrá tener lugar la última posibilidad de conformarse, bien con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o bien con el que se presente en el acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación. El juez, a continuación, dictará sentencia en cualquiera de las dos formas permitidas por la ley.

En cuanto a los efectos materiales se trata de averiguar hasta qué punto el juez viene obligado a ceñirse a la pena conformada. Es decir de qué manera la pena consensuada opera como límite, tanto inferior como superior, a respetar por el juez en su sentencia.

Antes de comenzar el estudio de estos efectos conviene indicar que, contra todo pronóstico, la ley en el art. 791.3 no sólo no hace referencia a los efectos procedimentales, que mejor o peor pueden integrarse por la lógica y por lo dispuesto al respecto para el reconocimiento de hechos y la conformidad del art. 793.3, sino que

tampoco hace mención alguna a los efectos vinculantes o no, que para el órgano juzgador debe tener esta conformidad<sup>71</sup>. Según algunos autores entre los que se encuentra FAIREN<sup>72</sup>, a pesar de la defectuosa técnica legal, deberán entenderse adelantados aquí los efectos, o al menos algunos de los efectos, previstos para la conformidad en el juicio oral. En nuestra opinión esa podría ser una solución válida porque además de ser razonable la ley no nos brinda ninguna otra y un supuesto de hecho sin consecuencia jurídica no tiene razón de ser.

Abordaremos pues los efectos materiales de la conformidad según el art. 793.3 sin perjuicio de entenderlos aplicables en la medida de lo posible a la conformidad en la fase preparatoria.

Las posibilidades que tiene el juez ante sí a la hora de dictar sentencia y con respecto a la pena consensuada son tres: dictar sentencia en la que se condene a la misma pena pedida por las partes, dictar sentencia condenando a pena inferior o incluso llegando a la absolución, y por último, dictar sentencia condenando

---

<sup>71</sup> Comentando la lagunosidad de la ley al establecer consecuencias jurídicas (recordemos que este carácter ya se manifiesta en el reconocimiento de hechos) se pregunta DE LA OLIVA si acaso es normal que un precepto jurídico positivo contenga el supuesto de hecho, pero omita la consecuencia jurídica. Según este autor, el silencio es tan clamoroso y llamativo que fundamenta una razonable y nada temeraria conjetura: la ley calla porque quiere no decir nada. DE LA OLIVA, A., en Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado..., ob. cit., págs. 9874 y 9876.

<sup>72</sup> FAIREN GUILLEN, V., en Las conformidades del sujeto pasivo..., ob. cit. pág. 17.

a pena superior. Examinémoslas por separado.

**a) Condenar a la misma pena**

Cuando exista conformidad con el escrito de acusación el juez está obligado a condenar respetando la pena pedida por las partes, aunque operando la pena pedida como límite máximo y no como mínimo. El supuesto al que nos referimos es el de la famosa "estricta conformidad" del art. 793.3 I último inciso. En ese precepto se dispone que "Si la pena no excediera de seis años, el juez o tribunal dictara sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes". El mismo art. 793.3, ahora en su párrafo II, describe unos supuestos en los que el tribunal "a partir del hecho aceptado por todas las partes" puede dictar una condena más benévola o incluso absolver. Con lo cual, a nuestro entender, la estricta conformidad vincularía en calidad de fijación de límite máximo, a la pena aceptada, si ésta no supera los seis años y no vincularía, en calidad de límite mínimo, siempre que se diera alguno de los supuestos del art. 793.3 II<sup>73</sup>.

La Sala 2ª del TS, con ocasión de los recursos de casación por infracción de ley interpuestos por el MF, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema.

---

<sup>73</sup> En el mismo sentido ver ORTELLS RAMOS, M., en El nuevo procedimiento penal abreviado..., ob. cit., págs. 558 y 559.

En todas las sentencias examinadas<sup>74</sup> se discutía la posibilidad del tribunal de imponer pena inferior a la solicitada habiendo mediado previamente la "estricta conformidad" del art. 793.3 I LECrim.

La tesis del MF, en su interpretación de la estricta conformidad era, en resumen, como sigue:

1- vinculación del tribunal con la pena pedida por el acusador. Exclusión, por tanto del arbitrio judicial, y no aplicación del art. 61 CP.

2- la imposición de pena inferior constituiría vulneración del principio acusatorio.

La jurisprudencia del TS, que a estas alturas puede calificarse de consolidada y uniforme, se sintetiza en los siguientes puntos que rebaten la argumentación sostenida por el MF. La estricta conformidad sólo obliga a respetar:

1- la literalidad de los hechos imputados y

2- la imposibilidad de castigar con pena más grave a la solicitada, aún estando ambas comprendidas dentro del mismo grado.

Así pues el tribunal podrá siempre:

1- determinar la adecuada tipicidad de los hechos

2- determinar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

---

<sup>74</sup> Hemos consultado las siguientes sentencias: STS de 4 de diciembre de 1990 (RA 9404), STS de 17 de junio de 1991 (RA 4728), STS de 17 de junio de 1991 (RA 4735), STS de 12 de septiembre de 1991 (RA 6176), STS de 30 de septiembre de 1991 (RA 6653) y STS de 30 de octubre de 1992 (RA 8560).

3- imponer pena menor a la pedida, dentro de las facultades que la norma le otorga y dentro de los límites que las reglas del art. 61 señalan, con el deber de razonar en el texto de la sentencia los motivos de tal aplicación discrecional, a fin de que quede públicamente expresado que no se actúo arbitrariamente (arts. 9.3 y 120.3 CE).

Comentando la STS de 17 de junio de 1991 (RA 4728) manifiesta MARTINEZ ARRIETA<sup>75</sup> su disconformidad con los razonamientos jurídicos y con las conclusiones que en ella se contienen. Al parecer de este magistrado, con la conformidad, las partes lo que quieren es evitar el juicio oral y con ello, el ejercicio de facultades de individualización judiciales, para las que es necesario el desarrollo del juicio oral. Según este autor esta interpretación resulta coherente con la posición que la jurisprudencia viene manteniendo sobre las facultades del tribunal de instancia a la hora de determinar la pena y el ámbito de la casación. El TS ha reiterado que esa facultad individualizadora corresponde al tribunal de instancia y que no es revisable en casación. Y ello porque la labor individualizadora, en tanto que el tribunal de instancia goza de un conocimiento directo y personal de todo el elenco circunstancial, personal y material que coexiste en el hecho, viene encomendada al mismo. A juicio de MARTINEZ ARRIETA el término "estricta conformidad", referido

---

<sup>75</sup> MARTINEZ ARRIETA, A., Significado de la estricta conformidad, en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 13, 1991, pág. 2.



al procedimiento penal abreviado, cuando la pena sobre la que actúa la conformidad es inferior a seis años, significa que el juez o tribunal dictará la sentencia de conformidad al íntegro escrito de calificación sobre el que se hayan conformado las partes. No obstante esa conformidad puede ser enervada en aquellos supuestos en los que la misma quebrante derechos fundamentales: supuestos del art. 793.3 II (derechos fundamentales de legalidad penal, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva) y cuando la sentencia a dictar sea contraria a otras resoluciones del mismo tribunal dictadas en supuestos semejantes (derecho fundamental a la igualdad).

**b) Condenar a pena inferior o absolver**

Como dice la FTS<sup>76</sup> la legalidad y la justicia deben impedir las condenas improcedentes, aunque sean aceptadas por el acusado. El párrafo II del art. 793.3 se manifiesta en ese sentido al enumerar cuáles son las razones que pueden llevar al órgano jurisdiccional a apartarse de la conformidad dictando bien una sentencia absolutoria o bien una sentencia con pena inferior.

Según se deduce del párrafo citado el órgano sentenciador podrá dictar sentencia absolutoria en dos supuestos: cuando estimara que el hecho carece de tipicidad penal y cuando resultara manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención

---

<sup>76</sup> Circular 1/1989, cit., pág. 1350.

de pena. Podría dictar sentencia imponiendo pena más leve que la pedida cuando concurriera cualquier circunstancia determinante de la preceptiva atenuación de la pena. En cualquiera de los tres supuestos debe partirse de la inalterabilidad de la descripción del hecho aceptado por todas las partes.

El primero de los casos, la atipicidad del hecho, es difícilmente imaginable. Efectivamente, los principios que informan la actuación del MF hacen prácticamente imposible el sostenimiento de una acusación respecto de hechos que carezcan de tipicidad penal. De ahí que el sentido del precepto haya de situarse en la posibilidad de que en el período de tiempo comprendido entre la fase intermedia y la celebración del juicio haya visto la luz una reforma legislativa despenalizadora de la conducta enjuiciada. Y en virtud de las normas que rigen la aplicación de las normas materiales en el tiempo, el hecho típico al formularse la acusación deja de serlo cuando va a procederse a su enjuiciamiento.

Igualmente, es improbable, que el letrado que asuma las labores de defensa sugiera o aconseje a su cliente una conformidad sobre hechos ya despenalizados. Una actuación de este tipo podría acarrear una responsabilidad encajable de lleno en el tipo previsto en el art. 360 CP<sup>77</sup>.

Con respecto a la manifiesta concurrencia de cualquier

---

<sup>77</sup> Hemos seguido en este punto a PORTERO, REIG y MARCHENA, en Comentarios a la reforma procesal penal..., ob. cit., pág. 89.

circunstancia determinante de la exención de pena, pensamos que deben incluirse en este apartado tanto las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal art. 8 CP), como las que causan la extinción de la misma (art. 112 CP) ya que en ambos casos la consecuencia es la exención de la pena. Sin embargo del último precepto deben excluirse la muerte del reo y el cumplimiento de la condena, por razones evidentes.

Junto a ellas hay que admitir también la concurrencia de la excusa absolutoria como causa de exención de pena. Efectivamente, la concurrencia de excusa absolutoria opera como causa específica de exclusión de la pena, así tenemos el art. 226 CP que declara exento de pena al que, implicado en un delito de rebelión o sedición, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias. También el art. 564 CP en relación a los robos sin violencia o intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones, apropiación indebida o daños que recíprocamente se causaren los próximos parientes que señala el citado precepto. Y finalmente, el penúltimo párrafo del art. 563 b) CP constituye causa específica de exclusión de la pena para el delito de cheque en descubierto, cuando el librador del cheque o talón hiciere efectivo su importe en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su presentación al cobro.

La concurrencia de una causa de preceptiva atenuación de la pena se daría en el supuesto de que no se atribuyesen "efectos en el escrito de acusación a alguna de las circunstancias atenuatorias de

la responsabilidad criminal (art. 9 CP) acogidas en el *factum*". El juez o tribunal podría en este caso proceder a la degradación punitiva. "El vocablo "preceptiva" sugiere extender esas facultades del órgano decisorio a todos aquellos casos en que, por error material, el grado de desarrollo o el grado de participación en la infracción delictiva exijan una rebaja de la pena que, sin embargo, haya sido omitida. En aquellos supuestos en que la correcta calificación jurídica de los hechos imponga su inclusión en un tipo privilegiado y, por definición, de pena atenuada, el carácter preceptivo de la rebaja de pena se deriva del imperio mismo del principio de legalidad, de ahí que se halle facultado el tribunal para que, tomando como referencia el tipo básico esgrimido por la acusación, pueda transmutar la tipicidad del relato fáctico encajándolo en un tipo privilegiado"<sup>78</sup>.

La sentencia que se aparte de la conformidad del acusado por imponer pena menor o absolver deberá ser dictada, por exigencia legal, "previa audiencia de las partes realizada en el acto" (art. 793.3 II "in fine").

### **c) Condenar a pena superior**

El efecto de vincular la conformidad, en calidad de fijación de límite máximo, a la pena aceptada, trae como consecuencia la

---

<sup>78</sup> PORTERO, REIG y MARCHENA, en Comentarios a la reforma procesal penal..., ob. cit., pág. 89.

inaplicabilidad del art. 655 III LECrim., que concedía al órgano jurisdiccional la facultad de ordenar la continuación del juicio si entendía que, partiendo de la calificación procedía imponer una pena mayor. La aplicabilidad de este artículo al proceso ordinario tenía su razón de ser en la posibilidad que tenía el tribunal de penar un delito más grave que el que hubiera sido objeto de la acusación, procediendo como determinaba el art. 733, es decir, sometiendo a debate la tesis determinante de la agravación. En otro caso era posible interponer recurso de casación (art. 851.4º).

Sin embargo, en el proceso abreviado y en relación también con la conformidad, nos encontramos con la ya citada inaplicabilidad del 655 III y como consecuencia, con un específico régimen de la correlación entre acusación y sentencia (art. 794.3) diverso del régimen implícito de la correlación en el proceso ordinario (deducible de la interpretación de los arts. 733 y 851.4º).

Según el art. 794.3 "la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado". Como acertadamente pone de manifiesto ORTELLS:

a) El art. 794.3 establece una vinculación, como límite máximo, a la pena concreta pedida por los acusadores, y no una simple vinculación al delito más grave que hubiera sido objeto de la acusación. Con el último modo de fijar el límite el tribunal podía aplicar de oficio y en cualquier sentido (aumento o disminución)

cualquier norma influyente en la concreta duración de la pena. Con la nueva vinculación, sólo puede aplicarlas en sentido de aminoración.

b) El órgano jurisdiccional no puede desvincularse, en modo alguno, del límite máximo que ha quedado dicho. Ni el art. 733 LECrim. -inaplicable en este proceso, puesto que la función de ese precepto la asume el art. 793.7-, ni el art. 793.6, que permite al órgano jurisdiccional solicitar del MF y de los abogados un mayor esclarecimiento de aspectos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados, autorizan al órgano jurisdiccional a resolver en la sentencia sobre planteamientos eventualmente agravatorios de la penalidad que hubiera puesto a discusión, salvo que hubieran sido asumidos por algún acusador en conclusiones definitivas. Para comprobar esto basta comparar el nuevo art. 794.3 y el art. 851.4º LECrim. y darse cuenta de que, a diferencia del segundo, el primero no hace salvedad alguna del supuesto de que se hubiera debatido la tesis determinante de la agravación. Finaliza ORTELLS diciendo que estas observaciones ponen en tela de juicio la estricta aplicación del art. 851.4º LECrim. en el recurso de casación de un proceso penal abreviado<sup>79</sup>.

Para DE LA OLIVA, carece de sentido la duplicidad de

---

<sup>79</sup> ORTELLS RAMOS, M., en El nuevo procedimiento penal abreviado..., ob. cit., págs. 560 y 561.

ordenaciones en asunto tan importante como la debida correlación entre la sentencia y las calificaciones jurídicas y peticiones de pena. Este autor hace una propuesta concreta en la que ofrece redacción alternativa a los preceptos del proceso abreviado que alteran la tradicional correlación acusación-sentencia y brinda asimismo una nueva redacción a los preceptos tradicionales del proceso ordinario, de manera que sean plenamente aplicables al nuevo proceso.

El epígrafe dedicado a los efectos debemos finalizarlo haciendo referencia, a la falta de vinculación del juez o tribunal a las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal (art. 793.3 III). Estas medidas de seguridad están consignadas en el art. 8.1º CP (internamiento, sumisión a tratamiento ambulatorio, privación del permiso de conducción, etc.,). Este párrafo III "representa un veto a toda posibilidad transaccional respecto de las distintas alternativas que el código atribuye al exclusivo arbitrio del juez o tribunal"<sup>80</sup>.

#### **D) El papel del MF en la conformidad**

Al efectuar estas reflexiones sobre el papel del MF en la conformidad del proceso abreviado debemos distinguir, al igual que lo hicimos para el reconocimiento de hechos, la existencia de la actividad procesal del fiscal "ex lege" y la otra actividad del fiscal,

---

<sup>80</sup> PORTERO, REIG y MARCHENA, en Comentarios a la reforma procesal penal..., ob. cit., pág. 90.

la que puede llamarse actividad paraprocesal<sup>81</sup> o negociadora, que la ley sugiere pero no explicita claramente.

La primera la hemos ido describiendo a lo largo de las últimas páginas al ir detallando el "iter" procedimental y los efectos de una conformidad en la que el fiscal puede tomar parte. Pero es la actividad ínsita en la ley, más no reconocida expresamente, la que más "revuelo" doctrinal suscita.

Para algunos<sup>82</sup>, "desgraciadamente el escaso número de miembros del Ministerio Público... y una congénita pasividad en este órgano colaborador de la Jurisdicción(...), ocasionan que, en la práctica, no se utilice todavía la conformidad con el grado de intensidad que sería deseable". Mientras que para otros<sup>83</sup>, en cambio, "...las normas que se refieren a la expresión de la conformidad formalizada

---

<sup>81</sup> Así la denomina, efectivamente, FERNANDEZ BERMEJO, M., El Fiscal en el proceso abreviado de la Ley Orgánica 7/88, en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, pág. 242, que la expresa en los siguientes términos: "curiosamente, sin embargo, las novedades más trascendentes de esta ley no aparecen expresadas en su texto, aunque derivan del mismo. Nos referimos al ámbito de actividad paraprocesal que puede generarse a partir de lo dispuesto en los arts. 789.5 regla quinta, 791.3 y 793.3, párrafo primero.

Todos ellos presuponen la deliberación entre acusación pública, imputado y defensa al objeto de abrir directamente el juicio oral ante el juez de lo penal (art. 789. 5. regla quinta), o de evitar su celebración o continuación ante el juez o tribunal, mediante manifestaciones de conformidad (art. 791.3 y 793.3), abriendo así el paso a la utilización por el fiscal del margen de discrecionalidad que la ley permite al servicio de la simplificación del proceso".

<sup>82</sup> GIMENO SENDRA, V., en La nueva regulación de la conformidad..., ob. cit, págs. 981 y 982.

<sup>83</sup> ALMAGRO NOSETE, J., en El nuevo proceso penal, ob. cit. pág. 152.



conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal (art. 791.3)" mejor hubiera sido no incluirlas y "las relativas a un posible nuevo escrito de acusación a presentar en sustitución del inicial, antes de comenzar la práctica de las pruebas en el juicio oral..." hubiera sido mejor eliminarlas (art. 793.3).

En cualquier caso lo que parece claro es que las posibilidades de negociación y de consenso no se dan por igual en cualquiera de las "puertas abiertas"<sup>84</sup> por la LO 7/1988. Este "plea bargaining" hace acto de presencia en dos supuestos<sup>85</sup>:

- La conformidad del imputado con la acusación fiscal, pero expresada esa conformidad en el propio escrito de acusación del fiscal, en un auténtico acto fallido que apunta al pacto (art. 791.3), y

- La conformidad del imputado con un nuevo escrito de acusación presentado "ad hoc" y que no puede tener su explicación en actuación procesal alguna, pues ninguna norma hay que discipline el porqué y el cómo de esa novedad (art. 793.3 LECrim.). Es general la apreciación de que este escrito tendrá su más habitual explicación en un consenso logrado sobre una base algo distinta de la del inicial escrito de acusación.

La FGE para referirse a la negociación previa a la conformidad

---

<sup>84</sup> En expresión de DE LA OLIVA, A., en Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado..., ob. cit. pág. 9884.

<sup>85</sup> La descripción de los supuestos es de DE LA OLIVA, A., ob. y lug. cit. nota anterior.

procesal lo hace empleando la expresión "principio del consenso". Como atinadamente pone de manifiesto ZARZALEJOS<sup>86</sup>, el "problema es que el consenso es el resultado de una negociación, quiérase o no aceptar este término, entre defensa y Ministerio Fiscal (siempre que éste sea el único acusador). Negociación unilateral, porque sólo el Ministerio Fiscal tiene algo que ofrecer al acusado". Es decir la negociación, que aunque la ley no lo diga, precede a la conformidad no se realiza en un plano de igualdad. Según ANDRES IBAÑEZ<sup>87</sup>, el MF y el imputado están colocados en situaciones netamente diferenciadas, de tal modo que para este último el "contrato" con el MF, tendrá que ser necesariamente de adhesión: El MF podrá moverse con libertad dentro de los márgenes de arbitrio legal y con la capacidad de generar asentimiento que implica su status de poder, mientras que el objeto de negocio para el imputado es una parte de su propia libertad. Normalmente deberá ceder, de manera "voluntaria", renunciando a defenderse, una porción de aquella, como recurso táctico para no poner en riesgo una cuota mayor de la misma<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> ZARZALEJOS NIETO, J., El nuevo proceso abreviado..., ob. cit., pág. 187.

<sup>87</sup> ANDRES IBAÑEZ, P., en La reforma del proceso penal, ob. cit., págs. 89 y 90.

<sup>88</sup> En el mismo sentido FERNANDEZ ENTRALGO, J., en Justicia a cien por hora..., ob. cit., pág. 95: "Y, en verdad, se hace duro admitir que las partes acusadora y acusada se encuentran en posición de igualdad. El representante del Ministerio Fiscal gestiona intereses ajenos..., y se mueve dentro de los cómodos márgenes que permite la ley. No siente angustia alguna, porque cualquiera que sea su oferta, actuará dentro de su deber profesional de respeto al principio de legalidad

El supuesto en el que más claramente se percibe este nuevo papel del MF, de los dos mencionados es el del art. 793.3., cuando hace referencia al nuevo escrito de acusación presentado en el acto del juicio oral. Como expresa ZARZALEJOS<sup>89</sup> no hace falta gran imaginación para concluir que un acusado sólo aceptará la pena solicitada por el MF cuando le beneficie. Es decir, si la Fiscalía aconseja a los fiscales la suavización de sus acusaciones para hacerlas más aceptables, la única forma de llegar al convenio es ignorar, en el escrito de acusación, la concurrencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, incluso la correcta calificación de los hechos, sustituyéndola por otra más benévola.

Si este acusado es verdaderamente inocente o al menos menos culpable de lo que el fiscal pretende, no habría problema, dado que el órgano judicial siempre puede, al amparo del art. 793.3 II condenar a pena más leve o absolver. Pero ¿qué sucede si el caso es justamente el inverso, es decir, si el escrito de acusación pide la imposición de una pena más leve de la que realmente corresponde

---

y, en cualquier caso, no se involucra personalmente. La negociación tiene, para él, mucho de rutina. Mientras, el acusado está jugándose su futuro inmediato, la estigmatización oficial como condenado y, en innumerables, casos, su libertad, que deviene así «valor en cambio» de la negociación. (...). En realidad sólo se atisba la igualdad cuando el Ministerio Fiscal, por lo controvertido del caso o por una deficiente preparación de su presentación en juicio, se arriesga, caso de seguir adelante, a un predecible fallo absolutorio. En los demás, el «aleas» presente en toda transacción, se distribuye muy desigualmente entre las partes".

<sup>89</sup> ZARZALEJOS NIETO, J., en El nuevo proceso abreviado..., ob. cit., págs. 188 y 189.

a fin de obtener la conformidad del acusado? Como hemos visto al analizar los efectos de la conformidad sobre la sentencia, el órgano jurisdiccional no tendrá aquí la posibilidad reconocida para el proceso ordinario en el art. 733 LECrim., con lo que si ninguna de las acusaciones modifica sus conclusiones agravatoriamente y de "motu proprio", el juez quedará vinculado por la conformidad prestada.

Por último, y con relación a este nuevo escrito de acusación formulado a la baja, ORTELLS<sup>90</sup> hace unas reflexiones en las que se manifiesta la incompatibilidad de ese nuevo papel del MF en la conformidad y el que le corresponde según su Estatuto Orgánico: "...debe ... precisarse que el Ministerio Fiscal «lege data» sigue sometido en el ejercicio de la acusación al principio de legalidad (art. 6 EOMF). Si razones de política legislativa hacen aconsejable la introducción de un cierto ámbito de discrecionalidad, debe afrontarse directamente el establecimiento del marco legal necesario. Lo que sería grave, desde los postulados del Estado de Derecho, es escamotear la regulación de la discrecionalidad del Ministerio Fiscal y, al amparo de unas disposiciones meramente procedimentales, dar entrada a una discrecionalidad de hecho como la que (se piensa que) practica en la realidad el Ministerio Fiscal".

---

<sup>90</sup> ORTELLS RAMOS, M., en El nuevo procedimiento penal abreviado..., ob. cit., pág. 560.

#### 4. La responsabilidad civil

La posibilidad de acumular las pretensiones civiles y penales en un mismo procedimiento penal está reconocida en nuestra ley procesal y por ello tiene sentido, desde un punto de vista de sistemática, hacer referencia a la conformidad respecto a la responsabilidad civil cuando se trata, como nosotros lo hemos hecho, la conformidad respecto a la responsabilidad penal.

Sin embargo conviene tener presente las grandes diferencias que separan a una y otra responsabilidad<sup>91</sup>. El objeto de la conformidad civil es un objeto de derecho privado y por tanto disponible para las partes, así pues todos los problemas que se plantean con relación a la conformidad penal y a la disposición de su objeto (vinculación del tribunal a la pena pedida, correlación acusación-sentencia, etc.,) tienen en esta sede solución distinta.

Para empezar la conformidad respecto de la responsabilidad civil

---

<sup>91</sup> Advierte ALCALA-ZAMORA en El allanamiento..., ob. cit, págs. 249 y 250, que "aunque asociadas por lo general, a causa de la conexión (heterogénea), que entre ambas se establece, la responsabilidad penal y la civil secuela del delito, son instituciones esencialmente distintas. Comienza, en realidad, por ser diferente su origen: el delito y el daño, respectivamente; de aquí que no exista correlación forzosa entre la gravedad de aquél y de la pena y la importancia de éste y de la indemnización; de aquí también la formula del art. 100 de la ley de enjuiciamiento criminal al hablar de que «de todo delito...nace acción penal...y puede nacer...acción civil». Cabe, en segundo lugar, aunque no sea la regla, que marchen procesalmente por separado...cual puede ocurrir, entre otros, en los supuestos de conformidad..., y cabe asimismo que los titulares activos o pasivos de la responsabilidad civil sean distintos de los de la responsabilidad penal, por tratarse de dos relaciones jurídico-materiales diversas. Finalmente se extinguen de diferente modo..., y además, con independencia una de otra".

debiera llamarse por su nombre, es decir, allanamiento. Porque de eso y no de otra cosa se trata. La tan citada Circular 1/1989<sup>92</sup> lo deja entrever: "No hace falta insistir que estamos en el ámbito del derecho civil, esto es, del derecho privado, donde prima el poder dispositivo de la parte sobre el objeto del proceso, en este caso, el objeto civil del proceso". Por lo tanto la aceptación de la responsabilidad civil y en la cuantía de los escritos de acusación obliga al juez a dictar sentencia en los términos de la petición de responsabilidad civil aceptada por el deudor principal. "Nadie puede impedir al autor del delito, que es la verdadera causa de la obligación de reparar el daño y, el deudor principal de tal obligación, aceptar los términos en los que la misma es exigida por el acreedor perjudicado"<sup>93</sup>.

Cuatro cuestiones, cuando menos, suscita el allanamiento del responsable civil.

La primera es, en palabras de la Circular 1/1989, la de si cabe que el acusado se conforme con los términos de su responsabilidad penal, pero no con la petición de responsabilidad civil.

Debido al carácter incompleto del proceso abreviado en general y de la regulación de la conformidad en particular, nos encontramos con que no existe en la normativa del título III, del Libro IV de la LECrim., ninguna referencia al respecto. Por aplicación del art. 780

---

<sup>92</sup> Cit., pág. 1352.

<sup>93</sup> Idem.

LECrim. puede entenderse válido para resolver esta primera cuestión lo dispuesto en el art. 655, V LECrim., según el cual continuará el juicio pero limitándose a la prueba y discusión de los puntos relativos a la responsabilidad civil.

La segunda cuestión que se suscita es la de "hasta qué punto la conformidad del acusado con la responsabilidad civil y su cuantía vincula a los co-responsables directos o a los responsables subsidiarios"<sup>94</sup>.

La responsabilidad de estas terceras personas viene en principio subordinada a la responsabilidad civil impuesta al penado. Podrá discutirse si en el caso concreto se dan o no los presupuestos que determinan su responsabilidad subsidiaria o la obligación de hacer frente a la cobertura del seguro y, en tanto el responsable directo disienta de la procedencia de la indemnización pedida, debatir también esa procedencia y su cuantía. Establecida la obligación del acusado de indemnizar y la cuantía de tal indemnización debe concluirse que estos responsables civiles subsidiarios u obligados directos deben poder, no sólo discutir su condición, sino también la cuantía en que se fijó la indemnización. Lo contrario sería privarles de su derecho a ser oídos y de su derecho de defensa.

La tercera cuestión se circunscribe al supuesto de qué sucede si el responsable penal confiesa su responsabilidad mientras que el responsable civil o bien no comparece ante el tribunal, o bien en su

---

<sup>94</sup> Circular 1/1989, cit., pág. 1351.

declaración no se conforma. Aplicando a este mismo supuesto de hecho recogido expresamente para el proceso ordinario, la consecuencia jurídica también allí expresada (art. 700, I) debe concluirse que continuará el juicio a los solos efectos de debatir la responsabilidad civil.

Una última cuestión que puede plantearse es la de si sería posible un allanamiento respecto a la responsabilidad civil pero no respecto de la penal. Si así fuera cabe preguntarse qué sucedería si finalmente no quedase probada la existencia del delito. En este sentido dice AGUILERA de PAZ que "... si fuesen aceptadas las conclusiones de la responsabilidad civil y negadas las del orden penal,... como aquéllas han de derivarse de éstas, tienen que someterse unas y otras a las resultas del juicio, porque sin que en él se reconozca la existencia de un hecho delictivo y la delincuencia de una persona determinada que haya de responder directamente de las consecuencias civiles del delito, ó por la que deban responder otras terceras personas extrañas á la responsabilidad penal, no puede hacerse pronunciamiento alguno respecto de la correspondiente al orden civil"<sup>95</sup>.

En nuestra opinión habría que distinguir entre la inexistencia del hecho, en cuyo caso no habrá obviamente responsabilidad penal, ni civil y su existencia pero sin reunir las condiciones para poder ser

---

<sup>95</sup> AGUILERA de PAZ, E., en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Madrid, 1914, págs. 92 y 93.



tipificado como delito. En este último caso puede existir responsabilidad civil que será exigida, al no existir delito, mediante el proceso declarativo que corresponda.

Para finalizar este apartado nos referiremos a los criterios que la Circular 1/1989<sup>96</sup> establece con respecto a la actuación de los fiscales en tema de responsabilidad civil:

1º Vigilarán para que los responsables civiles subsidiarios y las entidades aseguradoras sean debidamente llamados a los autos, requiriéndoles para que afiancen sus responsabilidades, advirtiéndolo a los primeros y a los aseguradores del seguro voluntario, de su derecho de defensa.

2º Si el acusado se conformase con la responsabilidad penal pero no con la civil instarán la continuación del procedimiento (arts. 655 y 6905)

3º Si el acusado se conformase con la totalidad del escrito de acusación, responsabilidad civil incluida, en la fase intermedia y hubiese responsables civiles subsidiarios, o aseguradores voluntarios, que no hayan comparecido representados por procurador y asistidos de letrado, se interesará se les notifique tal conformidad por si desean hacer uso de su derecho de defensa e interesan la continuación del juicio en los términos de los arts. 700 y 695

4º Si el acusado se conformara con el escrito de acusación en el

---

<sup>96</sup> Cit., pág. 1353.

acto de iniciación del juicio oral (art. 793.3) y el responsable civil subsidiario hubiere comparecido en forma y discrepare de la conformidad del responsable penal del hecho, se entenderá aplicable el art. 695, continuando el juicio a los solos efectos de debatir tal responsabilidad civil subsidiaria y su alcance

5º En el supuesto anterior, si el responsable civil no hubiese comparecido y hubiese sido citado en forma, si no apareciere justificada su ausencia, se interesará que el tribunal pase a dictar sentencia de conformidad, condenando también al responsable civil, cuya ausencia injustificada no será causa de suspensión del juicio, conforme al art. 793.1 "in fine". En virtud de tal precepto, la incomparecencia no justificada del asegurador voluntario o el responsable civil subsidiario no es obstáculo para los trámites subsiguientes, entre ellos el de conformidad en juicio. En este aspecto la no comparecencia injustificada del responsable civil subsidiario pasa a tener un tratamiento análogo a la "ficta confessio" establecida en el art. 700 párrafos II al IV, para los casos en que se negare a contestar a las preguntas del presidente del tribunal.

**« PARTE CUARTA: CONSIDERACION FINAL Y  
CONCLUSIONES »**

## **I. VALORACION CRITICA DE LA POSICION DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL ABREVIADO**

La nueva posición que el MF disfruta en el proceso abreviado español debe calificarse de reforzada o fortalecida frente a la del proceso por faltas o el ordinario. En aquel proceso el MF puede dirigir el procedimiento preliminar y a la vez desempeña un importante papel en la conformidad. Ahora bien ¿qué valoración merece esa nueva posición?. Para contestar del modo más completo posible a esta pregunta nos parece más adecuado dividir la respuesta en dos apartados.

### **A) Situación de "lege data"**

La valoración de la posición actual del MF merece un juicio fundamentalmente negativo. En primer lugar y en lo que respecta al procedimiento preliminar, hemos de reconocer que la idea resulta en principio atractiva y que dentro de sus justos límites pudiera contribuir a la realización de una justicia más eficaz y más rápida. Sin embargo la carencia de medios personales y materiales del MF es abrumadora y hace que las posibilidades que la ley ofrece no puedan hacerse realidad, con lo que el procedimiento preliminar fiscal tiene una existencia fundamentalmente legal.

En cuanto a la conformidad, dos apreciaciones. Por un lado la duración de las penas susceptibles de ser conformadas es excesiva. El límite máximo está, como sabemos, situado en los doce años de

prisión mayor y como hemos visto, ni en Italia ni en Alemania, países que han sido tomados como modelo por nuestro legislador, se ha llegado a tales extremos. Efectivamente, en Italia la conformidad sólo es posible para penas inferiores a los dos años y en Alemania sólo para penas inferiores al año. Por otro lado nos parece injustificable el modo en que ha sido introducido el principio de oportunidad en nuestro derecho procesal penal. Se quiera reconocer o no, es un hecho innegable la contraposición existente entre el principio de legalidad y el de oportunidad, una de cuyas consecuencias es la conformidad. Incluso sin afirmar tajantemente que el principio de legalidad esté sancionado constitucionalmente vía art. 25.1, lo que es evidente es que nuestra LECrim. está inspirada en ese principio y la actuación del MF también (art. 105 LECrim. y art. 6 EOMF). La introducción de la oportunidad en el proceso penal abreviado constituye un elemento perturbador en el actual sistema de nuestra ley procesal penal y además, y por lo que al MF toca, modifica su actuación en modo difícilmente conciliable con los dictados del art. 124.2 CE, que proclama su sujeción, en todo caso, al principio de legalidad. Debido a la dependencia gubernamental del MF este principio de oportunidad resulta, en sus manos, especialmente peligroso, lo que no queda salvado por la afirmación voluntarista de que los "criterios de oportunidad...no se oponen, sino, antes al contrario, constituyen un complemento del principio de legalidad... porque la Administración Pública no puede actuar bajo criterios de arbitrariedad, sino que ha de servir con

objetividad los intereses generales y con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103.1 CE)"<sup>1</sup>. Pues si se sigue leyendo la Constitución se tropezará uno con el art. 106.1 que nos recuerda que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Así pues la Administración no debe pero sí puede actuar bajo criterios de arbitrariedad por democrático que sea el Gobierno de turno.

#### B) Apreciaciones de "lege ferenda"

Con respecto a las posibles reformas legislativas en punto a la modificación de las funciones del MF, señalamos en primer lugar que no debería desaprovecharse ese momento que sería útil para corregir los defectos que la legislación vigente ha revelado. En segundo lugar existen fundados motivos para creer que la modificación de funciones en que está pensando nuestro legislador supondrá un incremento de las mismas. Por un lado ya el Anteproyecto de la LO 7/1988 fue significativo al respecto, por otro la Memoria de la FGE de 1992 apunta claramente en este sentido: "la reforma postulada debe comprender también, la regulación orgánica del Ministerio Público dentro del marco del art. 124 de la Constitución, las razones que condujeron a la configuración orgánica

---

<sup>1</sup> GIMENO SENDRA, V., en El nuevo proceso penal, cit., pág. 69 (el subrayado es nuestro).

de esta institución y que se proyectan sobre su Estatuto, han variado notablemente (...). El cambio a que nos referimos responde, entre otras razones, a la satisfacción real y efectiva del interés social, a la multiplicación del conflicto social con relevancia criminal y a la crisis del Derecho penal y Procesal penal de origen liberal. Esta situación se inserta en un proceso más amplio tendente, en último extremo, a una homogeneización -dentro del marco representado por el llamado "espacio judicial europeo"- del modelo a seguir ante la cuestión criminal, propicio a la ampliación de las facultades de investigación del MF y a la verdadera dirección por éste de la policía judicial".

Ese incremento de funciones tendría, a nuestro modo de ver, un obstáculo y un límite insuperable.

El obstáculo reside en el contexto socio-político de nuestro MF. En efecto, la tradicional dependencia gubernamental del MF, más o menos acentuada según el carácter político de los regímenes que ha tenido nuestro país, hace temer que un nuevo fortalecimiento de la posición del MF traiga consecuencias nada favorables para la credibilidad de la institución. La experiencia reciente demuestra la forma nada sutil en que se muestra la incidencia del ejecutivo en el MF cuando la persona del imputado resulta ser hermano de un alto cargo del gobierno<sup>2</sup> o cuando los imputados son parlamentarios del

---

<sup>2</sup> El 8 de julio de 1992, en el periódico "las Provincias" y bajo el titular: "El Fiscal jefe de Sevilla denuncia que ha sufrido múltiples presiones de todas clases en el caso Guerra" se leían las siguientes declaraciones del titular de la jefatura de la Audiencia Provincial de Sevilla en relación al caso seguido contra un hermano del,

partido gobernante. Ejemplo de ello es el llamado, por los medios de comunicación, caso "Filesa", en el que se discute sobre la presunta financiación irregular del PSOE, partido en el gobierno. En él ha sido particularmente deplorable la actuación que ha tenido la FGE. Hasta tal punto ello ha sido así que el instructor del asunto llegó a recriminar al fiscal en Auto de 7 de octubre de 1992<sup>3</sup> su falta de objetividad y de serenidad y le recordó que la Constitución establece en su art. 124 que es función del Ministerio Público la satisfacción del interés social y que el MF no podía desoir ni desconocer que los hechos objeto de las querellas por su excepcional trascendencia debían investigarse seriamente, sobre todo siendo dos de los querellados representantes del pueblo.

La actuación de la FGE ha sido en este caso objeto de numerosas críticas y así se ha manifestado incluso por la propias asociaciones de fiscales. En este sentido merece destacarse un párrafo del documento remitido al FGE por la Unión Progresista de Fiscales el

---

por aquel entonces, vicepresidente del gobierno: ...este proceso está poniendo a prueba la legalidad y la imparcialidad del fiscal. Hubiera sido fácil ceder a presiones. Lo que hace falta es diálogo con el Ministerio de Justicia y con el Gobierno desde el mútuo reconocimiento de la legitimidad de ambos para expresar sus opiniones.

<sup>3</sup> Este Auto confirmó las previas resoluciones que acordaban la práctica de diligencias de prueba frente a los recursos de reforma interpuestos por el MF y por la representación de Oliveró Capellades, Flores Valencia y Navarro Gómez. Posteriormente el auto fue recurrido ante el TS mediante recurso de queja interpuesto por el MF. El TS por Auto de 18 de noviembre de 1992 lo desestimó. El 21 de abril de 1993 el FGE, asumió directamente las funciones de la Fiscalía del TS ante la discrepancia manifestada por los miembros de dicha Fiscalía, que estaban en contra de que el TC admitiera a trámite el recurso de varios querellados del caso "Filesa".



14 de noviembre de 1992: "es...preocupante la sensación socialmente arraigada de querer tapar lo que se debe investigar y en este sentido sí cabe la denuncia de una falta de transparencia en determinadas actuaciones del propio MF, que ha sido incapaz de justificar ante la opinión pública-. (...) No es ajeno a todo ello declaraciones del propio FGE que sólo podemos lamentar. Así y a título de ejemplo entre otros muchos que desgraciadamente se están produciendo en los últimos tiempos, sus manifestaciones a la revista "El Siglo" ... lamentándose de los supuestos daños morales producidos a determinadas personas (por cierto, todas ellas del partido socialista) por haber sido acusadas, parecían olvidar que la acusación había sido formulada por representantes del MF. Es lamentable que sea el propio FGE quien ponga en tela de juicio legítimas actuaciones profesionales de fiscales. La defensa de la dignidad de los políticos no puede nunca hacerse a costa de la dignidad de la propia institución del MF".

Como se ve la injerencia del ejecutivo en el MF, a través de su cabeza visible, FGE, es bien palpable y hace mirar con recelo cualquier iniciativa de reforma tendente a aumentar el peso específico de esta institución en el proceso penal.

El límite insalvable en esta futura reforma está en la imposibilidad de atribuir funciones de carácter jurisdiccional al MF, ya que eso sería, desde cualquier punto de vista, inconstitucional. En este sentido -e inexplicablemente por estar en contradicción manifiesta con otras de sus afirmaciones- dice GIMENO que no

siendo el MF órgano jurisdiccional sino administrativo, supondría una grave quiebra a los principios de "independencia judicial", "exclusividad de la jurisdicción" y "juez legal", el que a través de una delegación normativa de funciones del juez instructor al MF, se le encomendaran a éste último actividades estrictamente jurisdiccionales. Para dichas actividades la jurisdicción ha de tener no sólo la última, sino también la primera palabra<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> GIMENO SENDRA, V., El Ministerio Fiscal y el art. 124 CE, cit., pág. 69. La última frase es una cita que trae de KERN-WOLF, Gerichtsverfassungsrecht, Munich, 1975, págs. 9 y 10.

## II. CONCLUSIONES

1ª. Las posibilidades de organización del MF son variadas. En Alemania está incardinado en el poder ejecutivo. En Italia su encuadre institucional se resuelve con el acercamiento a la órbita del poder judicial. En España el legislador ha optado por la sujeción del MF al poder ejecutivo, lo que se manifiesta mediante la dependencia externa y la interna.

2ª. La dependencia externa o gubernamental se plasma de un lado en la relación existente entre el Gobierno y el Fiscal General del Estado y, de otro en la intervención del primero en los asuntos internos de la institución fiscal.

3ª. La dependencia interna es un instrumento necesario para el buen funcionamiento de la institución fiscal ya que los fiscales actúan siempre en representación del Fiscal General del Estado y con un criterio unitario. Bajo estas premisas la actuación del MF debe ceñirse al principio de dependencia interna, de otro modo la unidad de la institución sería impracticable.

4ª. La supuesta contradicción entre el principio de legalidad y el de dependencia jerárquica no existe. El Gobierno y el Fiscal General del Estado no deben dar órdenes contrarias a la ley. Cosa distinta es que excepcionalmente puedan hacerlo. En tal supuesto existen

mecanismos para que el fiscal encargado de actuar se aparte de la orden siendo sustituido o quede relevado de responsabilidad.

5ª. El estudio de las similitudes entre el estatuto del MF y el de los jueces revela que las coincidencias son sólo aparentes, por cuanto las finalidades perseguidas mediante su establecimiento, en uno y otro caso, son netamente diversas. La dicción legal, por su parte, no justifica tampoco la incardinación de los fiscales en el poder judicial.

6ª. La inclusión del MF en la órbita del poder ejecutivo se manifiesta como la única posible, descartadas la opción legislativa y la judicial y, a su vez, como la única coherente. Así los miembros del MF son funcionarios al servicio de uno de los Ministerios que forman la Administración Pública, el de Justicia.

7ª. La dependencia externa del MF tiene una poderosa razón de ser y resulta justificada, por lo que debe mantenerse. Ello sin embargo no debe impedir la modificación del sistema de nombramiento y cese del FGE; por otro lado, nada obsta para que exista control jurisdiccional del cumplimiento de los requisitos objetivos que se prescriben, (tanto para nombramiento, como, en el futuro, para el cese) como ha demostrado recientemente la Sala III del TS.

8ª. En el plano estrictamente procesal es hoy una realidad la

atribución al MF de la dirección de un procedimiento preliminar en el proceso abreviado. Sin embargo, esta dirección se ha configurado como secundaria respecto de la judicial, de modo que al tener conocimiento el fiscal del inicio de las diligencias previas el procedimiento preliminar fiscal deberá cesar.

9<sup>a</sup>. El procedimiento preliminar fiscal tiene como límite ineludible los derechos fundamentales del imputado. Cualquier acto de investigación que implique una vulneración de los mismos exigirá la correspondiente resolución judicial. En este sentido la STC 341/1993, de 18 de noviembre, ha despejado las dudas que suscitó el art. 21.1 de la LO de Protección de la Seguridad ciudadana, al declararlo inconstitucional.

10<sup>a</sup>. La situación del MF en la conformidad, tal y como viene regulada en el proceso abreviado, le coloca en una clara posición de superioridad frente al imputado y frente a la víctima del delito. En la negociación con el imputado el MF no tiene nada que ganar o perder a nivel personal, mientras que el imputado negocia con su propia libertad y su futuro inmediato. Respecto a la víctima debe resaltarse que su consentimiento no es preceptivo.

11<sup>a</sup>. Al contemplar el proceso abreviado en su conjunto se observa que se está produciendo un acercamiento entre el proceso penal y el civil. Este acercamiento es fruto de la confusión entre el principio

acusatorio y el principio dispositivo. Se está tendiendo a hacer del proceso penal un proceso dispositivo en el que las partes, como en un proceso civil, pueden disponer del derecho material. Dos de las consecuencias más sobresalientes de esa concepción del proceso penal son: la introducción de la oportunidad en la regulación de la conformidad y la imposibilidad del juez de someter a las partes una tesis jurídica distinta vía art. 733 LECrim.

12ª. La introducción de la oportunidad en la regulación de la conformidad plantea a su vez problemas relevantes. Por un lado la implantación se ha hecho sin tener en cuenta que uno de los principios básicos informadores del proceso penal ordinario, cuya regulación es supletoria respecto de la del abreviado, es el de legalidad. Por otro lado la actuación del MF en general, y en concreto para el proceso penal por disposición expresa de la LECrim. (art. 105), debe ceñirse al principio de legalidad, mientras que su actuación en el abreviado debe seguir también los dictados de la oportunidad. La tensión existente entre estos dos principios, oportunidad y legalidad, es manifiesta por más que se quiera explicar con base en la llamada "oportunidad reglada".

13ª. La imposibilidad del juez de someter a las partes otra tesis jurídica distinta y más grave que la planteada por ellas es un hecho que se deduce de la regulación del proceso abreviado. Pero en realidad y a fuer de ser coherentes con esa aplicación al proceso

penal del principio dispositivo, lo lógico sería que el juez no sólo no pudiera agravar la tesis jurídica en su sentencia, sino que tampoco pudiera condenar a pena menor ni absolver. Es en estos dos últimos casos donde se ve con mayor crudeza cuáles serían las graves consecuencias de aplicar al proceso penal principios que le son ajenos por la naturaleza pública del objeto. Es por ello por lo que el Tribunal Supremo de forma reiterada ha manifestado la posibilidad de condenar a pena menor o absolver, aún cuando haya existido conformidad entre las partes.

14ª. El proceso abreviado, a pesar de su inclusión en el libro dedicado a los procedimientos especiales, tiene también la condición de ordinario y, además, es el más utilizado dadas las penas aplicables a las figuras delictivas más frecuentes estadísticamente. En estas circunstancias y tendiéndose a la vigencia de la oportunidad en su regulación y en la actuación del MF, cabe plantearse hasta qué punto la tipificación penal responde con la misma rotundidad que hasta ahora lo había hecho a los postulados de la seguridad jurídica. En realidad las penas establecidas en el futuro código penal, como las del vigente, tendrán y tienen, respectivamente, un carácter sólo orientativo.

15ª. Se aprecia una clara tensión entre la organización y estructura del MF y el nuevo papel que se le ha atribuido en la conformidad del proceso penal abreviado. De un lado el MF está sometido al

principio de legalidad, y, de otro, se espera de cada uno de sus miembros que en sus actuaciones ante la jurisdicción penal hagan uso de una institución regida por el principio de oportunidad, que implica además una actuación extraprocesal no regulada legalmente. Ante este panorama la situación sólo puede ser de desconcierto. Es necesario un replanteamiento del MF desde unos principios bien definidos, sin ambigüedades por parte del legislador y sin que el intérprete tenga que dar sentido a preceptos carentes, en su literalidad, de todo significado lógico.



---

---

## BIBLIOGRAFIA

## BIBLIOGRAFIA

### ALAMILLO CANILLAS, F.:

- El Ministerio Fiscal español. (su organización y funcionamiento), Madrid, 1990.

### ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, N.:

- Lo que debe ser el Ministerio Público, en RGLJ, 1931.
- El allanamiento en el proceso penal, Buenos Aires, 1962.

### ALMAGRO NOSETE, J.:

- La disponibilidad del objeto en el nuevo proceso penal, (capítulo VIII), en "El nuevo proceso penal", (con MORENO CATENA, V., CORTES DOMINGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V.), Valencia, 1989.

### ALVAREZ CIENFUEGOS, J.M.:

- El Ministerio Fiscal en el derecho comparado, en Cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal, Burgos, 1977.

### ALLORIO:

- Nuevas reflexiones críticas en temas de jurisdicción y cosa juzgada, en "Problemas de Derecho Procesal", II, traducción Sentís Melendo, Buenos Aires, 1963.

**AGUILERA de PAZ, E.:**

- Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Criminal, Madrid, 1914.

**ANDRES IBAÑEZ, P.:**

- El Ministerio Fiscal, en "El Poder Judicial", Madrid, 1986.
- El Ministerio fiscal entre viejo y nuevo proceso, en "La reforma del proceso penal", (con CONDE-PUMPIDO TOURON, FERNANDEZ ENTRALGO, PEREZ MARIÑO y VARELA CASTRO), Madrid, 1990

**APARICIO CALVO-RUBIO, J.:**

- El Ministerio Fiscal en la Constitución, en "El Poder Judicial", Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, Vol. I, Madrid, 1983.

**APICELLA, D.:**

- Ruolo del Pubblico Ministero nel nuovo processo, en Actas de la Convención Nacional de Crema, celebradas el 7 y 8 de octubre de 1988, coordinador MELCHIONNA, B., Pádua, 1989.

**ARAGONESES ALONSO, P.:**

- Instituciones de Derecho Procesal Penal I, Madrid, 1979.

**ARMENTA DEU, T.:**

- Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, Barcelona, 1991.

- Sistema acusatorio y derecho penal, 2º ejercicio para cátedra, Girona, 1993, (inédito).

**ARROYO de las HERAS, A.:**

- El Fiscal en el proceso penal, en Cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal, Burgos, 1977.

**BARONA VILAR, S.:**

- La conformidad en el proceso penal, Valencia, 1994.

**BELTRAN BALLESTER, E.:**

- El Ministerio Fiscal en España: su organización y funcionamiento, ponencia pronunciada en el seminario "Justicia y Sociedad" celebrado en México los días 6, 7 y 8 de septiembre de 1993.

**BOQUERA OLIVER, J.M.:**

- Derecho Administrativo, Madrid, 1991.

**BUJOSA VADELL, L.M.:**

- Comentarios acerca de la posición del Ministerio Fiscal y la policía judicial en el "iter" legislativo de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, en "La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León"...

**CABAÑAS GARCIA, J.C.:**

- El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada, en RDP, 1991, nº2.

**CALVO SANCHEZ, M.C.:**

- La reforma del proceso penal, en PJ, 1990, marzo.
- La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, en La Ley, 1990, n°2.

**CARNELUTTI, F.:**

- Mettere il Pubblico Ministero al suo posto, en Rivista di Diritto Processuale, 1953, II.
- Cuestiones sobre el proceso penal, Buenos Aires, 1961.
- Derecho y Proceso, Buenos Aires, 1971.
- Principios del Proceso Penal, Buenos Aires, 1971.

**CARRASCO MALDONADO, C.:**

- Compendio de las Memorias anuales de Fiscalía del Tribunal Supremo, desde 1883 a 1934 (circulares, instrucciones y cuestiones), Madrid, 1935.

**CASTAN TOBEÑAS, J.:**

- Poder Judicial e independencia judicial, Madrid, 1951.

**CHIAVARIO, M.:**

- Riflessioni sul principio costituzionali di obbligatorietà dell'azione penale, en "Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e Tendenze del diritto Costituzionale", Milán, 1977.

**CHIRINOS RIVERA, S.:**

- El reconocimiento de hechos por prte del imputado, en "La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León", Madrid, 1989.

**COBO del ROSAL, M.:**

- Principio de legalidad y Ministerio Fiscal, en Cuadernos de Política Criminal, 1977,

**CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.:**

- La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y el nuevo Estatuto orgánico en "El Poder Judicial", Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, Vol. I, Madrid, 1983.
- El modelo post-constitucional del Ministerio Fiscal en España, en PJ, 1992, nº2.
- El Ministerio de Justicia no acaba de asumir el modelo constitucional del Ministerio Fiscal, Entrevista en Actualidad Jurídica Aranzadi, 14 de mayo de 1992.

**DE DIEGO DIEZ, L.A.:**

- El principio "el que instruye no debe juzgar" como garantía de imparcialidad en el Enjuiciamiento Penal, en PJ, nº8, 1987.

**DE MIGUEL GARCILOPEZ, A.:**

- El Ministerio Fiscal, Magistratura de amparo, RDP, 1954.
- El Fiscal en el proceso penal, conferencia pronunciada en la

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con motivo del ciclo organizado en conmemoración del Cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal, Madrid, 1976.

- Fiscalía y fiscales, Cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal, Burgos, 1977.

**DE LA OLIVA SANTOS, A.:**

- Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal, Barcelona, 1988.

- Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal, RGD, oct-nov 1992.

- Derecho Procesal Penal, (con ARAGONESES MARTINEZ, HINOJOSA SEGOVIA, MUERZA ESPARZA, TOME GARCIA), Madrid, 1993.

**DE LAMO RUBIO, J.:**

- El Ministerio Fiscal y los Juzgados de Paz (y III), en Tapia, 1990, nº52.

**DI NICOLA, E.:**

- La posizione del Pubblico Ministero nel nuovo processo penale, en "XVI Convegno su verso una nuova giustizia penale in memoria di Michele De Pietro", Lecce, 18-20 marzo, 1988.

**DOLZ LAGO, M.J.:**

- Comunicación al VII Congreso de la Unión Progresista de

Fiscales, Segovia, junio 1992.

**ESCUSOL BARRA, E.:**

- El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento penal abreviado, Madrid, 1990.

**FAIREN GUILLEN, V.:**

- La reorganización del Ministerio Fiscal español, en "Temas del ordenamiento procesal", tomo I, Madrid, 1969.
- La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español, en "Temas del ordenamiento procesal", tomo II, Madrid, 1969.
- La detención antes del juicio, en RDPIFilip, 1971.
- Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, Madrid, 1986.
- El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988 (I), en Tapia, 1989, nº44.
- El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988 (y II), en Tapia, 1989, nº 45.
- Acción del Fiscal y acción popular. El refuerzo de esta última, en Tapia, 1989, nº48.
- Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la ley de 28 de diciembre de 1988, en Justicia, 1989.
- Imagen preliminar y fragmentaria de la reforma procesal penal a fines de 1991, en RDP, 1992, nº1.
- La prueba en el "Proyecto de Ley de medidas Urgentes de Reforma procesal" (procesal penal) de 30 de abril de 1992, en RDP, 1992, nº2.



**FERNANDEZ BERMEJO, M.:**

- El Fiscal en el proceso abreviado de la L.O. 7/1988, en "El procedimiento abreviado", CGPJ, Madrid, 1992.

**FERNANDEZ ENTRALGO, J.:**

- Justicia a cien por hora. El principio de consenso en el procedimiento abreviado, en Justicia, 1992-I.

**FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, M.:**

- El Ministerio Fiscal en España. Notas para una futura construcción de dicha figura y estudio de su posición en el Derecho procesal español, Separata de Documentación Jurídica, núms. 10 y 11, Madrid, 1977.

**FERRUA, P.:**

- Uffici del Pubblico Ministero ed iniziative di ricerca della notizia di reato, (con NOBILI, M. y TRANCHINA, G.), en "La Legislazione Penale" (dirigido por CHIAVARIO, M. y PADOVANI, T.), Turín, 1986.

**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO:**

- Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1987.
- Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1988.
- Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1989.
- Borrador de Reglamento del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Madrid, 1991.
- Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1992.

- Circular nº 1/1989, titulada: "El procedimiento abreviado introducido por la ley orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, en Suplemento al BIMJ, nº 1522, 1989.
- Borrador de Reglamento del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Madrid, 1991.
- Instrucción nº 6/1992, titulada: "Aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal", en Actualidad penal, 1992, nº42.

**FORCADA JORDI, M.:**

- Acerca de la conformidad en el proceso penal, en La Ley, 5 de febrero de 1991.

**GAITO, A.:**

- El Ministerio Público: Organización y funcionamiento. Italia, ponencia presentada al Seminario "Justicia y Sociedad", celebrado en México los días 6, 7 y 8 de septiembre de 1993.

**GIL-ALBERT, J.M.:**

- Entrevista, El Ministerio Fiscal es el defensor de la legalidad, en PJ, 1982, núm.2.
- El Ministerio Fiscal en la Constitución, en "El Poder Judicial", Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983, Vol I.

**GIMENO SENDRA, V.:**

- El proceso de "habeas corpus", Madrid, 1985.

- Los procedimientos penales simplificados (principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio), en PJ, nº especial II, 1987.
- Algunas sugerencias sobre la atribución al MF de la investigación oficial, en Justicia, 1988, nº4.
- El Ministerio Fiscal y el artículo 124 de la Constitución Española, (capítulo 3), en "Constitución y Proceso", Madrid, 1988.
- Las partes acusadoras, (capítulo V), en "El nuevo proceso penal", (con MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J. y CORTES DOMINGUEZ, V.), Valencia, 1989.
- La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988), en La Ley, 1990-3.

**GOMEZ COLOMER, J.L.:**

- El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Barcelona, 1985.
- ¿Hacia el futuro proceso penal español?, en BIMJ, 1989, nº 1543.
- El nuevo proceso penal abreviado (Aspectos orgánicos y procesales), ponencia presentada en el "I Seminario sobre cuestiones actuales de derecho procesal", celebrado en El Pualar, Madrid, los días 10 al 12 de noviembre de 1989.
- Derecho Jurisdiccional I. Parte general, (con MONTERO y ORTELLS), Barcelona, 1993.
- Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, (con MONTERO, ORTELLS y MONTON), Barcelona, 1993.

**GOMEZ DE LIAÑO COBALEDA, M.:**

- Sociedad y Ministerio Fiscal, Cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal, Burgos, 1977.

**GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, F.:**

- Notas sobre la instrucción y el fallo en el enjuiciamiento penal. Comentario a la STC de 12 de julio de 1988, en La Ley, 1988, nº4.

**GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, A.:**

- El Ministerio Fiscal, en Documentación Jurídica, Ministerio de Justicia, 1985, nº 45-46.

**GONZALEZ TREVIJANO, P.J.:**

- La inviolabilidad del domicilio, Madrid, 1992.

**GRANADOS CALERO, F.:**

- El Ministerio Fiscal. Del presente al futuro, Madrid, 1989.

**GUTIERREZ GIL, A.J.:**

- Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990, de 15 de noviembre, relativa al art. 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en Actualidad Penal, 1991, nº12.

**JAURALDE MORGADO, E.:**

- "El Ministerio Fiscal", en PJ, 1981, nº1.

**JIMENEZ BLANCO y CARRILLO de ALBORNOZ, A.:**

- Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal en "El Poder Judicial", Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, Vol.II, Madrid, 1983.

**JIMENEZ VILLAREJO, J.:**

- El Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial, en PJ, 1982, núm.3.
- La policía judicial; una necesidad, no un problema, en PJ, 1987, n<sup>a</sup> especial II.

**JORGE BARREIRO, A.:**

- Anotaciones a las medidas urgentes de reforma procesal penal, en Actualidad Jurídica Aranzadi, 1992, n<sup>o</sup> 56.

**KOHLHAAS, M.:**

- Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt, Neuwied am Rhein, 1963.

**LOPEZ GARRIDO, D.:**

- Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Trabajos parlamentarios, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Secretaría General, Madrid, 1984.

**LOPEZ LORENZO, V.:**

- La conformidad en el procedimiento establecido por la ley de 28 de diciembre de 1988, en "El procedimiento abreviado", CGPJ, Madrid, 1992.

**LOPEZ SERRANO, J.:**

- El Ministerio Público, en Revista de Legislación, 1880.

**LORENTE HURTADO, F.:**

- Apuntes críticos sobre la sentencia constitucional número 145/1988, de 12 de julio, en PJ, 1988, nº11.

**LORCA MARTINEZ, J.:**

- Una aproximación al artículo 21 de la ley de la Seguridad Ciudadana, en La Ley, 1992, nº 3075.

**LÖWE-ROSENBERG:**

- Strafprozessordnung; (§§ 115-168)  
Gerichtsverfassungsgesetz, (con SCHÄFER, K., HARMS, M.  
y BOLL, O.), Berlín, 1993.

**LUPO, E.:**

- Il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena negoziata,  
en "I Giudizi semplificati", Pádua, 1989.

**LLOBELL MUEDRA, J.:**

- El nuevo Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, en La Ley,  
1982.

**MALLO MALLO, L.A.:**

- Algunas consideraciones sobre la conformidad en el  
procedimiento abreviado, en "El procedimiento abreviado",  
CGPJ, Madrid, 1992.

**MANZINI, V.:**

- Derecho Procesal Penal, II, Buenos Aires, 1951.

**MARCHENA GOMEZ, M.:**

- Significación procesal de las diligencias tramitadas por el fiscal en la Ley orgánica 7/1988, en La Ley, 1989, nº2.
- El Ministerio Fiscal : Su pasado y su futuro, Madrid, 1992.

**MARIA CODON, J.:**

- El Fiscal visto por un abogado, Cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal, Burgos, 1977.

**MARIA HUET, J.:**

- Sobre lo que ha sido desde su origen el Ministerio Fiscal, en RGLJ, 1867, nº31.

**MARTIN OSTOS, J.:**

- La posición del imputado en el nuevo proceso penal abreviado, en Justicia, 1989, IV.

**MARTIN PALLIN, J.A.:**

- El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales en "El Poder Judicial", Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983, III.

**MARTINEZ ARRIETA, A.:**

- Significado de la estricta conformidad, en Actualidad

Jurídica Aranzadi, nº 13, 1991.

**MASCARELL NAVARRO, M.J.:**

- El sobreseimiento en el proceso penal español, en RGD, abril, 1993.

**MATIA PORTILLA, F.J.:**

- Derecho comunitario y derecho nacional: la protección de la inviolabilidad del domicilio, en RGD, junio 1992.

**MIR PUIG, S.:**

- Derecho Penal. Parte General, Barcelona, 1985.

**MIRAVET HOMBRADOS, M.:**

- Propuesta de Informe presentado al Secretariado de la Unión Progresista de Fiscales, sobre "Comisión Oposiciones a la Carrera", en Revista UPF, nº1, marzo 1992.
- Del Fiscal Institución al Fiscal instructor, en "La presencia del Ministerio Fiscal en la Administración de Justicia", Curso de verano de la Universidad Complutense, El Escorial, julio, 1992.

**MONTERO AROCA, J.:**

- Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, 1981.
- Derecho Jurisdiccional I. Parte general, (con ORTELLS y GOMEZ COLOMER), Barcelona, 1993.
- Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, (con ORTELLS, GOMEZ COLOMER y MONTON), Barcelona, 1993.



- La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal, conferencia pronunciada en Granada el día 24 de junio de 1993.
- Incidencia en el sistema procesal de las normas promulgadas en 1992, Valencia, 1993.
- La garantía procesal penal y el principio acusatorio, ponencia presentada al seminario sobre "Justicia y sociedad", celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, los días 6, 7 y 8 de septiembre de 1993.

**MONTON REDONDO, A.:**

- Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, con (MONTERO, ORTELLS y GOMEZ COLOMER), Barcelona, 1993.

**MONZON Y DE ARAGON, E.:**

- Cincuenta años de doctrina de la Fiscalía del Tribunal Supremo, Madrid, 1980.

**MORA ALARCON, J.A.:**

- El procedimiento abreviado y los otros procedimientos penales. Doctrina, jurisprudencia y formularios, Valencia, 1989.

**MORENO CATENA, V.:**

- Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal, en PJ, 1987, nº especial II.
- Dependencia orgánica y funcional de la policía judicial, en

Poder Judicial, 1989, nº especial VIII.

**MOSQUERA, L.:**

- La posición del poder judicial en la Constitución española de 1978, en "La Constitución española de 1978". Estudio sistemático dirigido por los profs. Predieri, A. y García de Enterría, E., Madrid, 1980.

**MUÑOZ CALVO, J.L.:**

- La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal en "El Poder Judicial", Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, Vol.III, Madrid, 1983.

**MUÑOZ ZATARAIN, F.:**

- Ministerio Fiscal y policía judicial en la Ley 7/1988, de 28 de diciembre, en "La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León"...

**ORTELLS RAMOS, M.:**

- Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal, en RGLJ, 1978, I.
- Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 LECrim., en RDPI, 1982.
- Concepto del Derecho Procesal, memoria para cátedra, inédita, I, Valencia, 1983.
- Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española, en "Anuario de la Facultad de

Derecho", Universidad de Extremadura, 1984-1985, nº3.

- El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, en Justicia, 1984.

- El nuevo procedimiento penal abreviado: Aspectos fundamentales, en Justicia, 1989, III.

- Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración político-jurídica, RDP, 1990, nº2.

- Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia, Justicia, 1991, IV.

- Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral), en RGD, 1993, julio-agosto.

- El Ministerio fiscal en el procedimiento abreviado, (pendiente de publicación).

- - Derecho Jurisdiccional I. Parte general, (con MONTERO y GOMEZ COLOMER), Barcelona, 1993.

- Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, (con MONTERO, GOMEZ COLOMER y MONTON), Barcelona, 1993.

**PALOMAR OLMEDA, A.:**

- Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Madrid, 1990.

**PALOMO del ARCO, A.:**

- Dosimetría y conformidad, en "El procedimiento abreviado",

CGPJ, Madrid, 1992.

**PARADA VAZQUEZ, J.R.**

- Derecho Administrativo II. Organización y empleo público, Madrid, 1989.

**PASTOR LOPEZ, M.:**

- El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal, Valencia, 1979.

**PEDRAZ PENALVA, E.:**

- La reforma procesal penal de la R.F. de Alemania de 1975, en RDPIFilip, 1976.
- El registro domiciliario, en "Comentarios sobre la reforma procesal" (Ley 10/92 de 30 de abril), Oviedo, 1992.

**PEREZ GORDO, A.:**

- Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico de 1981 en "El Poder Judicial", Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983, III.

**PIZZORUSSO, A.:**

- Formazione e funzionamento degli uffici del pubblico ministero, voz: Organi giudiziari, en "Enciclopedia del Diritto", XXXI, Milán, 1988.

**PLANES i BATALLA, M.:**

- ¿Necesitamos auto de procesamiento en el procedimiento abreviado?, en "El procedimiento abreviado", CGPJ, Madrid, 1992.

**PORTERO, L.:**

- Comentarios a la reforma procesal penal de la ley orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado), (con REIG y MARCHENA), Bilbao, 1989.

**PORTILLA CONTRERAS, G.:**

- El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público, Madrid, 1990.

**PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, L.:**

- El Ministerio Fiscal en Europa, conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con motivo del ciclo organizado en conmemoración del Cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal, Madrid, 1976.
- Derecho Procesal Penal, (con GUTIERREZ DE CABIEDES, E.), Madrid, 1987.

**QUINTANO RIPOLLES, A.:**

- La nueva organización del Ministerio Fiscal en la zona soviética de Alemania, en RDP, 1953.

**RAMOS MENDEZ, F.:**

- El Proceso penal. Lectura constitucional, Barcelona, 1991.

**REQUEJO PAGES, J.L.:**

- Jurisdicción e independencia judicial, Madrid, 1989.

**RODRIGUEZ MOURULLO, G.:**

- Legalidad (Principio de), NEJS, Vol. XIV, Barcelona, 1968.

**RODRIGUEZ RAMOS, L.:**

- La detención, Madrid, 1987.

**ROXIN, C.:**

- Strafverfahrensrechtsrecht, Munich, 1991.

**RUIZ GUTIERREZ, U.:**

- Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España, en RDP, 1952.

**RUIZ VADILLO, E.:**

- Consideraciones sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal, Rvta. de Derecho Judicial, 1960.
- La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal, en PJ, 1987, nº especial II.

**SACCUCCI, B.:**

- Le funzioni del P.M. nel nuovo processo penale, ponencia presentada al Seminario "Justicia y Sociedad" celebrado en México los días 6, 7 y 8 de septiembre de 1993.

**SAEZ DOMINGO, A.:**

- El sistema acusatorio y el Ministerio fiscal, RGLJ, 1887, nº 70.

**SALVADOR GALLO, P.:**

- El reconocimiento de hechos en el proceso penal abreviado, en "La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León", Madrid, 1989.

**SANCHEZ VELARDE, P. W.:**

- La actuación del Ministerio Público en la investigación preliminar, (Estudio comparado de las legislaciones de España y Perú), tesis doctoral, inédita, Valencia, 1991.

**SANTAMARIA PASTOR, :**

- Principios de Derecho Administrativo, Madrid, 1990.

**SCAPARONE, M.:**

- Pubblico Ministero (diritto processuale penale), en Enciclopedia del Diritto, Milán, 1988, vol. XXXVII.

**SCHÖNE, W.:**

- Líneas generales del proceso penal alemán (Instrucción, juicio y tendencias de reforma), en Justicia, 1989.

**SCHÜNEMANN, B.:**

- ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?), en "Jornadas

sobre la reforma del derecho penal en Alemania", Cuadernos del CGPJ 8, 1991.

**SEGURADO CONTRA, G.:**

- El presente y el futuro del Ministerio Fiscal, con de MENA ALVAREZ, F., en Cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal, Burgos, 1977.

**SERRA DOMINGUEZ, M.:**

- El Ministerio Fiscal, en RDPI, 1979, núms. 3-4.
- Ministerio Fiscal, en NEJS, Vol. XVI, Barcelona, 1978.
- El juicio oral, en "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1969.
- Interpretación de las normas procesales, en "Estudios de Derecho Procesal"...
- La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario, en "Estudios de Derecho Procesal"...

**SERRANO GOMEZ, A.:**

- El procedimiento abreviado (Crisis de la jurisprudencia e indefensión), en Actualidad penal, 1990, nº9.
- El procedimiento abreviado y su dudosa constitucionalidad, en Actualidad penal, 1990, nº10.

**SEVILLA ANDRES, D.:**

- Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España, Madrid, 1969, tomos I y II.



**SIMON, D.:**

- La independencia del juez, Barcelona, 1985.

**SIRACUSA, F.:**

- Pubblico Ministero (Diritto Processuale Penale), en "Digesto", Turín, 1967.

**TIEDEMANN, K.:**

- Introducción al Derecho Penal y al derecho penal procesal, (con ARZT, G. y ROXIN, C.), Barcelona, 1989.

**TORRES ROSELL, N.:**

- La denuncia en el proceso penal, Madrid, 1991.

**VARELA CASTRO, L.:**

- Consideraciones sobre la reforma del proceso penal, en La Ley, 1990, nº2.
- Para una reflexión sobre el régimen de la conformidad en el procedimiento abreviado, en "El procedimiento abreviado", CGPJ, Madrid, 1992.

**VARIOS:**

- Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, Madrid, 1984.
- Comentarios a la Constitución, dirigidos por GARRIDO FALLA, Madrid, 1985.
- Commentario della Costituzione, coordinados por BRANCA, G., Roma, 1987.

- La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1989.
- Accusa e difesa nel nuovo processo penale, Actas de la Convención Nacional de Crema, celebrada del 7 al 8 de octubre de 1988, coordinador MELCHIONNA, B., Pádua, 1989.
- I Giudizi semplificati, Questioni nuove di procedura penale, coordinador GAITO, A., Pádua, 1989.
- Conclusiones del VI Congreso de la Unión Progresista de Fiscales, Palma de Mallorca, mayo 1991.
- Comentarios sobre la reforma procesal (Ley 10/92 de 30 de abril), Oviedo, 1992.
- VII Congreso de la Unión Progresista de Fiscales, Segovia, junio 1992.

**VELLANI, M.:**

- Il Pubblico ministero nel processo, Bolonia, 1970, II.

**VERCHER NOGUERA, A.:**

- ¿Hacia un Ministerio Fiscal inglés?, en La Ley, 1987, nº2.

**VIGNA, P.L.:**

- Investigazione e prova nel processo penale, texto de la Ponencia expuesta en Florencia en el curso del Convenio sobre "L'investigazione scientifica e criminologica", Florencia, 1988.

**VIVES ANTON, T.S.:**

- Doctrina constitucional y reforma del proceso penal, en PJ, 1987, nº especial II.
- Derecho Penal. Parte especial, (con COBO DEL ROSAL, BOIX REIG, ORTS BERENGUER y CARBONELL MATEU), Valencia, 1990.
- Comentarios a la ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. II La reforma del proceso penal, Valencia, 1993.

**ZARZALEJOS NIETO, J.:**

- El nuevo proceso abreviado para delitos menos graves (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre), en "Nuevos Tribunales y nuevo proceso penal", (con DE LA OLIVA), Madrid, 1989.

**ZATARAIN VALDEMORO, F.J.:**

- El Ministerio Fiscal, con RUBIO de la IGLESIA, J.M., en "La reforma del Proceso penal ", II Congreso de Derecho Procesal...,

**ZUBIRI de SALINAS, F.:**

- La policía judicial, en PJ, 1990, nº2.